كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء التاسع

الإجارة، المكاتب، الولاء، الإكراه، الحجر،

المأذون، الغصب، الشفعة، القسمة



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

DKi

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـــب العلميـــة - بيـــروت

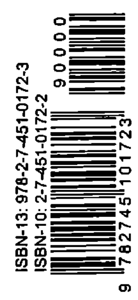
Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)
Size 17x24 cm قياس الصفحات
Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة
Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنـــان
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon, Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(كتاب الإجارة)

(كتابُ الْإِجَارَةِ)

هِيَ: بيعُ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ بِعِوَضٍ مَعْلُوم، دَينٍ أَو عَينٍ.

(كتاب الإجارة)

قال في «المصباح»: أجرت الدار على أفعلت، وأنا مؤجر، ولا يقال مؤاجر.. فهو خطأ.

ثم قال: آجرت الدار، والعبد من أفعل لا من فاعل، ومنهم من يقول: آجرت الدار على فاعل، فهو مؤاجر.

ثم قال: ويستعمل الإجارة بمعنى الأجر، وبمعنى الأجرة، وتمام تفصيله في «المغرب» و«المصباح».

(هي: بيع منفعة معلومة)، والمراد بالمنفعة: منفعة مقصودة من العين؛ حتى لو لم تكن مقصودة منها.. كانت الإجارة فاسدة؛ كمن استأجر داراً لا يسكنها، بل يظن الناس أنها له، أو عبداً لا يستخدمه ويظن الناس أنه له، أو ثوباً لا يلبسه ويظن الناس أنه له... إلى غير ذلك. كذا في «البحر».

(بعوض معلوم؛ دين) كان العوض؛ بأن كان بأحد النقدين **(أو عين)**؛ بأن كان بغير النقدين من العبيد والعروض والحيوان.

ولا ينعقد إلا بإيجاب وقبول، وهذا التعريف مشتمل:

على شرطها، وهو: كون الطرفين ـ أي: البدل والمنفعة ـ معلوماً؛ لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة، فيفسد بهما العقد.

وعلى حكمها أيضاً، وهو: وقوع الملك في البدلين؛ لأنه مقتضى عقد البيع، إلا أنه إنما يقع هنا ساعة فساعة؛ لأن المعقود عليه ـ وهو المنافع ـ معدوم حين العقد.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم، إلا أنها أجيزت لضرورة شدة الحاجة إليها.. فتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع.

والعين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها؛ ليرتبط الإيجاب والقبول، حتى لو أضاف العقد إلى المنفعة.

وقال: بعت منفعة هذه الدار شهراً بكذا أو بعت سكناها.. لا يجوز.

وكذا إذا قال: آجرتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا.. لا يجوز عند بعض المشايخ.

وقال الإمام خواهرزاده: إذا أضاف الإجارة إلى [٤٧٩/أ] المنفعة.. يجوز.

وإنما لا يجوز إذا أضاف البيع إلى المنفعة، وعمله يظهر في البدلين ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة على حسب انعقاده لا قبل وجودها بمجرد العقد، فالملك في المنفعة وبدلها ـ أي: الأجرة ـ يقع ساعة فساعة، وكذا استحقاقهما.

ولو عطف قوله: «أو نفع».. لكان أولى؛ فإن الإجارة بالمنفعة جائزة أيضاً إذا كان جنس المنفعة مختلفة؛ كسكنى دار بخدمة عبده.

بخلاف ما إذا كان جنس المنفعة: منفعة؛ كسكنى دار بسكنى دار.. فإنها لا تجوز.

ثم إن كان العوض أحد النقدين.. فالشرط فيه: بيان القدر، ويقع ذلك على نقد البلد.

وإن كانت نقود البلد مختلفة.. يقع على الغالب منها.

وإن كانت الغلبة مختلفة.. فالإجارة فاسدة ما لم يبين نقداً منها؛ فإن بيّن.. جاز.

وإن كان العوض كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً.. فالشرط فيه: بيان القدر، والصفة، ومكان الإيفاء فيما يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء، وذلك إذا كان له حمل ومؤونة وإن لم يكن له حمل ومؤونة.. فلا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء. هذا عند أبي حنيفة.

وعند صاحبيه: بيان مكان الإيفاء ليس بشرط مطلقاً، ولا يحتاج في الكيلي والوزني والعددي إلي بيان الأجل؛ فإن بين الأجل.. جاز ويثبت.

وإن كان العوض ثياباً أو عروضاً.. فالشرط فيه: بيان القدر والأجل والصفة؛ لأنها لا تثبت ديناً في الذمة إلا من جهة السلم، فكان لثبوته: أصل واحد، وهو السلم.. فلا يجوز إلا على شرائط السلم.

بخلاف الكيلي والوزني؛ لأن لثبوتهما أصلين: القرض والسلم، والأجل في القرض ليس بشرط؛ فإن بين.. جاز كما في السلم، وإن لم يبين.. جاز أيضاً كما في القرض.

وإن كان العوض حيواناً.. يشترط أن يكون معيناً.

وإن كان منفعة.. يشترط أن يكون خلاف الجنس، حتى لا يجوز عند اتحاد الجنس؛ كإيجار دار بدار للسكنى ودابة بدابة للركوب.

هذا بيان معلومية العوض.

وأما المنفعة.. فبيانها:

ببيان الوقت؛ أي: الأجل.

وببيان العمل.

وببيان المكان.

كذا في «البزازية» و«غاية البيان».

وركنها: الإيجاب والقبول، لكنها لا تنعقد بلفظ البيع والشراء، حتى لو قال: بعت منك خدمة هذا العبد شهراً بكذا.. لم تصح إجارة.

وكذا لو قال: اشتريت [٤٧٩/ب] خدمة عبدك هذا شهراً بكذا.. لم تصح إجارة.

وهل يكون باطلاً أو تنعقد إجارة فاسدة؟

وَمَا صَلُحَ ثمناً.. صَلُحَ أُجْرَةً.

ففيه اختلفت عباراتهم:

ففي «المحيط»: لو قال: بعت منك خدمة هذا الغلام شهراً بكذا.. كان باطلاً، وعلله: بأن البيع وضع لتمليك الأعيان دون المنافع.

وقال في «البزازية»: لو قال: اشتريت خدمة عبدك شهراً بكذا.. فإجارة فاسدة.

بعت منك منافع هذه الدار شهراً بكذا.. إن الإجارة فاسدة؛ لعدم المنافع، والمعدوم ليس بمحل للبيع.

وذكر شيخ الإسلام فيه خلافاً بين المشايخ.

وقال: الحرُّ إذا قال: بعت نفسي منك شهراً بكذا.. فإجارة فاسدة.

وعن الكرخي كذلك، ثم رجع وقال: تنعقد. انتهى ما في «البزازية».

وقال قبل هذا: إن الإجارة تنعقد بقوله: «أعرتك، وهبتك».

(**وما صلح ثمناً**) في البيع كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والمكيل والموزون (**.. صلح أجرةً**) في الإجارة؛ لأن الأجرة: ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع.

وليس كل ما يصلح ثمناً لا يصلح أجرة؛ لأن بعض ما لا يصلح ثمناً ـ كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً إذا كانت معينة ـ يصلح أجرة؛ كما إذا استأجر داراً بثوب معين وإن كان لا يصلح ثمناً. كذا قيل.

ونوقض ببيع المقايضة، فالأولى: أن تمثل بالمنفعة؛ فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنفعة كما ذكرناه.

ولا تصلح ثمناً أصلاً لأن الثمن يجب أن يملك بنفس العقد، والمنفعة معدومة وقت العقد.. فلا يملك بنفس العقد.

وأما الأجرة: يجوز أن لا تكون مملوكةً بنفس العقد، بل بالتعجيل أو استيفاء المعقود عليه أو التمكن منه، على ما سيأتي، فيجوز أن تكون المنفعة أجرة، ولهذا..

وتفسدُ بِالشُّرُوطِ.

وَيثبتُ فِيهَا خِيَارُ الشَّرْطِ، والرؤيةِ، وَالْعَيْبِ.

وتُقالُ، وتُفسَخُ.

صلح أن تكون المنفعة مهراً في النكاح؛ لأنه ليس من شرط الأمهار: أن يكون المسمى مملوكاً بنفس العقد، حتى لو سمى عبد الغير.. صح. فكذا هذا.

(وتفسد) الإجارة **(بالشروط)** الفاسدة؛ أي: التي لا يقتضيها العقد، كما يفسد بها البيع؛ لأنها بمنزلته، ولهذا.. تفسد بجهالة أحد البدلين وبجهالة المدة أيضاً.

وإذا فسدت.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، أو الأقل من أجر المثل والمسمى. على ما اختلف فيه، وسيأتي بيانه في أول الإجارة الفاسدة.

(ويثبت فيها خيار الشرط والرؤية والعيب، وتقال وتفسخ)؛ لأنها بمنزلة البيع على ما تقدم، فيجري فيها ما يجري في [٤٨٠/أ] البيع من الأحكام؛ لأن المنافع تقوم بالعقد وتصير مالاً، فتعتبر الإجارة معاوضة مالية.

اقتصر على الخيارات الثلاث، ويثبت فيها خياران آخران؛ كما قال في «العمادية»: أما الخيارات التي تثبت في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال.. أنواع، منها: خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار التعيين، وخيار تفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق.

ثم قال: ومن استأجر داراً شهراً بكذا على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. جاز؛ كما في البيع.

فلو فسخ في اليوم الثالث بحكم الخيار.. هل يجب على المستأجر أجر يومين؟

أفتى صاحب «المحيط»: أنه لا يجب؛ لأنه لا يتمكن من الاستيفاء بحكم الخيار؛ لأنه لو انتفع.. يبطل خياره.

وتفصيل هذا: في الفصل الخامس والعشرين من «العمادية».

وَالْمَنْفَعَةُ تُعلَمُ تَارَةً بِبَيَانِ الْمدَّةِ: كالسكنى والزِّراعةِ.. فَتَصِحُّ مُدَّةً مَعْلُومَةً أَيَّ مُدَّةٍ كَانَت.

(والمنفعة)؛ لما ذكر: أن المنفعة لا بد أن تكون معلومة.

شرع في بيان ما يعلم به المنفعة فقال: (تعلم تارة ببيان المدة) شهراً أو سنة أو أكثر؛ لأن المدة إذا كانت معلومة.. كان مقدار المنفعة فيها معلوماً أيضاً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت؛ بأن سمى ما يزرع في الأرض؛ لأن ما يزرع فيها متفاوت، فلا بد من التسمية به حتى لا يفضي إلى المنازعة.

(كالسكنى والزراعة)؛ أي: كاستئجار الدار للسكنى، واستئجار الأرض للزراعة سنة مثلاً.

(فيصح) العقد (مدة معلومة أي مدة كانت)؛ أي: طويلة كانت المدة أو قصيرة إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان؛ لأن الحاجة التي جوزت الإجارة لها قد تمس إلى تلك المدة، وهي: مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة.. فتصح؛ كالأجل في البيع.

وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين.. فمنعه بعضهم؛ لأن الظاهر في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة، والظاهر مثل المتيقن في حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأبيد يبطلها؛ لإفضائه إلى تملك العين.

وجوزه آخرون: منهم الخصاف؛ لأن العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين، وأنه يقتضي التوقيت.

ولا معتبر بموت العاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة؛ لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالباً، ولم يعتبر؛ كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة.. فإنه متعة، ولم يجعل بمنزلة التأبيد [٤٨٠/ب] حتى يصح النكاح ويخرج عن المتعة.

وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالباً، وجعل ذلك متعة اعتباراً للصيغة. كذا في «العناية».

والظاهر منه: أن الإجارة الطويلة في مدة طويلة يعيش إليها الإنسان غالباً: صحيحة بالاتفاق، وإنما الخلاف: فيما لا يعيش إليه الإنسان غالباً.

والمذكور في «فتاوى قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»: أن الإجارة الطويلة استخرجها الإمام محمد بن الفضل البخاري.. فقبلها البعض، وردها البعض، ولم يقيدوا بما لا يعيش إليها الإنسان؛ حيث قالوا: إن الإجارة الطويلة على وجهين:

أحدهما: أنه إذا أراد أن يؤاجر الكرم إجارة طويلة، أو الأرض وفيها زرع.. يبيع الأشجار والزرع بأصولها من الذي يريد الاستئجار بثمن معلوم، ويسلم ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة ثلاث سنين أو أكثر، غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة، أو كل ستة أشهر من كل سنة، بمال معلوم؛ على أن يكون أجر كل سنة من السنين سوى الأيام المستثناة منها: كذا من ذلك الأجر، وبقية الأجرة تكون بمقابلة السنة الأخيرة، وأن يكون لكل واحد منهما ولاية فسخ الإجارة في أيام الخيار ثلاثة أيام من آخر كل سنة.

والوجه الثاني: أن يدفع الأشجار والزرع الذي في الأرض معاملة إلى الذي يريد الإجارة؛ على أن يكون الخارج بينهما على مائة سهم؛ سهم منها: للدافع، والباقي: للعامل، ثم يوكل العامل في صرف نصيبه من الخارج فيما أحب، ثم يؤاجر منه الأرض مدة معلومة على نحو ما قلنا، من غير أن يكون أحد العقدين شرطاً في الآخر.

وبعض مشايخ بخارى أنكروا الوجه الأول، وقالوا: بيع الأشجار وبيع الزرع ليس ببيع رغبة، بل هو في معنى التلجئة.

ولهذا.. لا يكون للمستأجر أن يقطع الأشجار، وعند فسخ الإجارة.. ينفسخ البيع من غير فسخ.

وبيع التلجئة لا يزيل المبيع من ملك البائع وإن اتصل بالقبض، وبقاء الأشجار والزرع على ملك البائع يمنع الإجارة في الأرض.

وبعضهم: جوزوا طريق البيع أيضاً، وقالوا: ليس هذا بيع التلجئة، بل هو بيع رغبة؛ لأنهما لما قصدا تصحيح الإجارة ولا صحة للإجارة مع بيع التلجئة.. فقد قصدوا بيع الرغبة.

ويجوز أن يكون الأشجار مملوكة للمشتري، ولا يملك قطعها؛ لتعلق حق الغير به؛ كالراهن لا يملك [٤٨١/أ] قطع أشجار الرهن وإن كان يملكها؛ لتعلق حق الغير به.

وقال بعضهم: إن باع الأشجار والزرع بثمن المثل أو أكثر.. يكون رغبة، وإلا.. فلا.

وهذا ليس بصحيح أيضاً؛ فإن الإنسان قد يبيع ماله بثمن قليل عند مساس الحاجة.

وذكر الطحاوي: إذا باع الأشجار وآجر الأرض.. جاز شرط أن يبيع الأشجار بطريقها إلى الباب إن كان لها طريق، وإلا.. ينبغي أن يبين للأشجار طريقاً معلوماً في الأرض؛ حتى لو لم يبين.. لا يجوز.

وقال ظهير الدين: الإجارة بطريق بيع الأشجار: باطلة، كما ذهب إليه بعض المشايخ.

ثم من جوَّز الإجارة الطويلة.. اختلفوا في أنها عقد واحد أو عقود متعددة:

استدل من قال: «إنها عقود متعددة»: بأنها لوجعلت عقداً واحداً وفيها شرط الخيار ثلاثة أيام في كل سنة أو في كل ستة أشهر.. تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في عقد واحد، وذلك فاسد في قول أبي حنيفة.

واستدل من قال بـ«أنها عقد واحد»: بأنها لو حملت عقوداً متعددة.. لكانت

وَفِي الْوَقْفِ يُتبَعُ شَرطُ الْوَاقِفِ.

الإجارة في السنة الثانية والثالثة مضافة إلى وقت في المستقبل، وفي الإجارة المضافة: الأجر لا يملك بالتعجيل ولا باشتراط التعجيل. هذا ما ذكروه.

وهل تجزئ الإجارة الطويلة في الدار والأرض الخالية عن الزرع والكرم؟

وقد ذكرها الإمام السرخسي في «المحيط»؛ حيث قال: الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض البلاد، وهي: أنهم يؤاجرون الأرض أو الدار ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة؛ على أن كل واحد منهما بالخيار في ثلاثة أيام من آخر كل سنة، ويجوز لكل سنة من تسعة وعشرين سنة أجراً قليلاً وبقية الأجر للسنة الأخيرة.

ثم قال: هذه الإجارة لا تجوز عند أبي حنيفة؛ لأنها إجارة واحدة يشترط فيها الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وهذا يفسد الإجارة كما يفسد البيع.

والصحيح: أنها تجوز بالإجماع؛ لأن هذا ليس بشرط للخيار في الإجارة، بل هذا استثناء ثلاثة أيام في آخر كل شهر من الإجارة؛ على أن هذه الأيام لم تدخل في هذه الإجارة، ولم يثبت حكم الإجارة في هذه الأيام، وهذا لا يفسد الإجارة؛ كما لو أجر هذه الدار عشر سنين إلا السنة الثانية أو الثالثة.. جاز، فكذا هذا. انتهى.

هذا يؤيد ما ذكره في «العناية».

وهل تنعقد الإجارة بالتعاطي [٤٨١/ب] مثل البيع؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: لا تنعقد الإجارة الطويلة بالتعاطي، وتنعقد غيرها.

ثم ما ذكر من الإجارة الطويلة.. يجري في الملك، وأما في الوقف.. فلا. على المختار.

وإليه أشار بقوله: (**وفي الوقف يتبع شرط الواقف**)؛ فإن شرط.. يعمل بشرطه.

فَإِن لم يُشْتَرطْ.. فالفتوى: أَن لَا يُزَادَ فِي الْأَرَاضِي على ثَلَاثِ سِنِينَ.
وَفِي غَيرِهَا: على سنةٍ.

(فإن لم يشترط) شيئاً من المدة في الإجارة (.. فالفتوى: أن لا يزاد في الأراضي على ثلاث سنين) كي لا يدعي المستأجر الملك في الوقف، ولأنه مضر في الوقف.

(وفي غيرها)؛ أي: غير الأراضي من الدور والمنازل: (على سنة)؛ لما ذكرناه.

قد ذكرنا في كتاب الوقف ما يتعلق بإجارة الوقف، ولنذكر هنا بعض ما بقي:

قال في «الخلاصة»: المتولي: إذا آجر دار الوقف أكثر من سنة؛ إن كان الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من سنة.. لا يجوز، وإن لم يشترط شيئاً.. جاز مقدار سنة إلى ثلاث سنين، على اختيار الفقيه أبي الليث.

وقال الإمام أبو حفص الكبير: في الضياع: يجوز قدر ثلاث سنين، وفي غير الضياع: لا يجوز أكثر من سنة.

وقال السفدي: لا ينبغي أن يفعل ذلك، ولو فعل.. صحت الإجارة.

وفي «البزازية»: إذا أراد أن يصح بالإجماع.. يرفعه بعد الإجارة بأكثر من ثلاث سنين إلى الحاكم، فيحكم بجوازه على قول الكل إن وجدت شرائط الحكم.

وقال في «قاضي خان»: إذا آجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضاً بمال اليتيم إجارة طويلة رسمية ثلاث سنين.. لا يجوز ذلك.

وكذلك أب الصغير ومتولي الوقف؛ لأن الرسم في الإجارة الطويلة: أن يجعل شيء يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الماضية، ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة. على ما عرفت آنفاً.

فإن كانت الإجارة أرض اليتيم أو الوقف.. لا تصح في السنين الأولى؛ لأنها تكون بأقل من أجر المثل.

وإن استأجرها لليتيم أو الوقف بمالهما.. ففي السنة الأخيرة يكون بأكثر من

أجر المثل؛ فإذا فسدت الإجارة في البعض.. فسدت في الكل على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقداً واحداً؛ سواء كان خيراً لليتيم والوقف أو لا.

وعلى قول من يجعلها عقوداً متعددة.. تصح الإجارة فيما كان خيراً لليتيم والوقف، لا فيما كان شراً.

والظاهر: هو الفساد في الكل.

ثم قال: وطريق تصحيح الإجارة الطويلة في أرض اليتيم والوقف: أن يؤاجر بمال معلوم، ويجعل أجر السنين كلها مقدار أجر المثل، ثم إن الوصي ومتولي الوقف يبرئ المستأجر [٤٨٢/أ] على السنين الأولى.. فيصح ذلك على قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي «الخلاصة»: وإن اتصل به حكم حاكم.. يصير متفقاً عليه.

وذكر في «المحيط»: إن كتب الإجارة الطويلة على الوقف في ثلاث سنين بأجر المثل، وأبرأ الآجر المستأجر عن الأجر، وحكم حاكم بجواز ذلك.. يجوز؛ لأنه مجتهد فيه.

وكذا: لو حط.

واعترض عليه: بأنه لا وجه لتصحيح هذا العقد ـ أي: الإجارة الطويلة ـ أصلاً؛ لأنا لو جعلناه عقداً واحداً على ما اختاره البعض.. يلزم ثبوت الخيار في العقد أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن فيها شرط الخيار ثلاثة أيام في آخر كل سنة أو في آخر كل ستة أشهر على ما تقدم.

ولو جعلناه عقوداً متعددة على ما اختاره البعض.. يصير شارطاً في كل عقد ثلاثة أيام من آخر كل سنة أو ستة أشهر.

وعلى قول أبي حنيفة: من اشترى شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر.. يكون له الخيارمن أول الشهر إلى آخره ـ على ما صرح به في «قاضي خان» ـ فيزيد

وَتارَةً تعلمُ بِذكر الْعَمَلِ: كصبغِ الثَّوْبِ وخياطتِهِ، وَحَملِ قدرٍ مَعْلُومٍ على دَابَّةٍ مَسَافَةً مَعْلُومَةً.

الخيار على ثلاثة أيام أيضاً في كل عقد.

أجيب عنه: بأنه لا يثبت الخيار في الأيام الثلاثة من آخر كل سنة أو ستة أشهر، بل تجعل ثلاثة أيام من آخر كل سنة مستثناة عن العقد، ويكتب: غير ثلاثة أيام من كل سنة.

حتى لو كتب في الصك: على أن لكل منهما الخيار في الأيام الثلاثة من آخر كل سنة.. فسد العقد، كذا في «قاضي خان»، وقد تقدم مثله في «المحيط».

وباقي مسألة إجارة الوقف ذكرناها في كتاب الوقف.

(**وتارة تعلم بذكر العمل**)؛ أي: بتسميته في العقد.. فحينئذٍ تصير المنفعة معلومة بنفس العقد؛ (**كصبغ الثوب وخياطته، وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة**)؛ لأنه إذا بيّن: المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به، وجنس الخياطة والمخيط، والقدر المحمول على الدابة والمسافة.. صارت المنفعة معلومة بلا شبهة.

وكذا بيان من يركب على الدابة.. صارت المنفعة معلومة بلا شبهة، فيصح العقد. كذا في «الزيلعي».

ثم قال فيه أيضاً: ومن هذا النوع: الإجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه؛ يعني: أن الأمثلة المذكورة في الكتاب واستئجار القصار ونحوه: من نوع واحد؛ أعني: مما يعرف المنفعة فيه بنفس العقد؛ أي: تسمية العمل فيه وإن لم يبين المدة.

واعلم: أن صاحب «الهداية» و«الزيلعي» والمصنف: جعلوا استئجار الدابة للمحل أو للركوب من قبيل الاستئجار على العمل، فيشترط فيه بيان العمل لا المدة.

لكنه قال في [٤٨٢/ب] «غاية البيان» نقلاً عن «التحفة»: الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال.. فلكل نوع شروط وأحكام.

وَتارَةً بِالْإِشَارَةِ: كنقلِ هَذَا مثلاً إِلَى مَوضِعِ كَذَا.

وَالْأُجْرَةُ لَا تسْتَحقُّ بِالْعقدِ، ....

أما الإجارة على المنافع: فكإجارة الدور والمنازل والحوانيت والضِّياع وعبيد الخدمة، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني والظروف للاستعمال.. فالعقد في ذلك كله جائز.

وشرط جوازه: أن تكون العين المستأجرة معلومةً، والأجرة معلومة، والمدة معلومة يوم أو شهر أو سنة؛ لأنه عقد معاوضة كالبيع، إلا أن المعقود عليه ههنا المنافع، فلا بد من إعلامها: بالمدة والعين الذي عقد عليه الإجارة على منافعه؛ كما شرط في البيع إعلام المبيع والثمن.

وأما الإجارة على الأعمال: فكاستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال من نحو: تحميل الأشياء من موضع إلى موضع آخر.

وهو نوعان: استئجار الأجير المشترك، والأجير الخاص الذي سمي أجير الواحد أيضاً:

فالأجير المشترك: هو الذي يتقبل الأعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما.

وأجير الواحد: هو الذي يعمل للواحد مدة معلومة.

(**وتارة بالإشارة كنقل هذا**) المتاع (**إلى موضع كذا**)؛ لأنه إذا علم المتاع المنقول والمكان المنقول إليه.. صارت المنفعة معلومة أيضاً، فيصح العقد.

واعلم: أن المصنف ذكر ما يعلم به المنفعة، ولم يذكر ما يعلم به العوض اقتداءً لصاحب «الهداية» و«القدوري»، وقد ذكرناه في أول الباب، فارجع إليه.

ثم شرع في بيان ما يستحق به الأجرة فقال: (**والأجرة لا تستحق بالعقد**)؛ سواء كانت عيناً أو نقداً أو نفعاً؛ لأنها لا تملك بنفس العقد، وما لا يملك.. لا يستحق إبقاؤه.

بل بالتعجيلِ، أَو بِشَرْطِهِ، ....

فإن قيل: إن الإبراء عن الأجرة والهبة من المستأجر والارتهان عنها والكفالة بها: صحيحة بالاتفاق، ولولا ملك لها.. لما صحت هذه التصرفات.

قلنا: صحة الإبراء عنها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوع؛ لعدم وجوبه في الحال.

وجوزه محمد؛ لكون العقد سبباً في وجوب الأجرة؛ إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به، وعدم الانعقاد في جانب المنفعة ؛ لضرورة العدم، ولا ضرورة في الأجرة، فظهر الانعقاد في حقها وصح الإبراء عنها؛ لوجوده بعد السبب؛ كالإبراء عن القصاص بعد وجود سببه، وهو الجرح، والرهن والكفالة إنما جاز للوثيقة.. فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب [٤٨٣/أ].

ومن هنا: ظهر ضعف ما ذكره صاحب «النهاية»؛ حيث قال: معنى قول صاحب «الهداية»: الأجرة لا تجب بالعقد، ولا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد.

ووجه الضعف: أن نفي وجوب التسليم: لا يستلزم نفي التملك؛ فإن المبيع يملكه المشتري بمجرد العقد، ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن.

(**بل بالتعجيل أو بشرطه**)؛ أي: بشرط التعجيل، وهذا في الإجارة المطلقة لا في المضافة إلى وقت مستقبل لا يستحق بالتعجيل ولا بشرط التعجيل، على ما صرح به في فصل الإجارة الطويلة من «قاضي خان». وقد ذكرناه من قبل.

اعلم: أن الإجارة؛ إما معجلة، أو مشروطة معجلة، أو مؤجلة، أو منجمة، أو مسكوت عنها.

- **فإن كانت معجلّة بالفعل؛** فإن لم تنتقض الإجارة.. فبها، وإن انتقضت.. كان له بحسب ما استوفى من المنفعة، ويرد الباقي على المستأجر.
- **وإن كانت مشروطة تعجيلها..** له أن يطالبه بها.
- **وأن كانت مؤجلة..** ليس له أن يطالبه ما لم يمض الأجل.

أَو بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، أَو التَّمَكُّنِ مِنْهُ.

- **وإن كانت منجمة**؛ فإذا مضى نجم.. يجب عليه نجم واحد.
- **وإن كانت مسكوتاً عنها**.. فعند أبي حنيفة أولاً: لا يطالبه ما لم يستوف المنفعة كلها، وفي قوله الآخر ـ وهو قولهما ـ: يطالبه عند مضي كل يوم. هكذا في «الخلاصة» و«البزازية».

فعلى هذا: معنى قول المصنف «يستحق الأجرة بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء» أنه يستحق قبضها وتصرفها بالتعجيل، وطلبها بالفعل: بشرط التعجيل، وبعد مضي الأجل، والنجم بشرط التأجيل والتنجيم، أو طلبها بعد استيفاء المنفعة، أو التمكين من الاستيفاء.. ففي كلامه نظر. وتأمل.

فإن قيل: اشتراط التعجيل شرط يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين، فيكون فاسداً.. فيفسد العقد به.

قلنا: إن مخالفته لمقتضى العقد: من حيث كونه إجارة، وجواز اشتراط التعجيل ليس باعتبار كونه إجارة، بل باعتبار كونه عقد معاوضة، وباعتباره لا يخالف مقتضاه؛ فإن تعجيل البدل أو اشتراط تعجيله لا يخالفه من حيث المعاوضة، وكذا اشتراط التأجيل والتنجيم.

(أو باستيفاء المعقود عليه) ـ وهي المنفعة ـ (أو التمكن منه)؛ أي: من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدة بلا مانع من الاستيفاء.. هذا في الإجارة الصحيحة لا في الفاسدة.

لأن الأجرة في الفاسدة: لا تجب بالتمكن منه، ولا بالتعجيل أو شرطه، بل إنما تجب بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إليه من جهة [٤٨٣/ب] الإجارة، وإن كان التسليم إليه لا من جهة الإجارة.. لا تجب الأجرة أيضاً وإن وجد حقيقة الاستيفاء.

وإذا كان عجل الأجرة في الإجارة الفاسدة.. فللمستأجر حق الحبس لاستيفاء ما عجله من الأجرة.

وإذا مات المؤجر.. فالمستأجر أحق بأجرته.

كذا في مسائل الشيوع من إجارات «البزازية».

وهذا عندنا.

وقال الشافعي: يستحق بنفس العقد، ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة بدون شيء من المعاني الأربعة المذكورة؛ لأنها عقد معاوضة يثبت الملك في البدلين بنفس العقد؛ بناء على أن المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكماً عنده؛ لأن من شرط جواز العقد: كون المعقود عليه موجوداً مقدور التسليم، ولو حكماً.

والشارع جعل المعدوم حقيقة: موجوداً حكماً؛ كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكماً في حق بعض الأحكام من الوصية والإرث.

ويدل على أنه كالموجود: جواز الاستئجار بالدين؛ فلو كان معدوماً.. لما جاز؛ لأنه يصير ديناً بدين، وهو حرام شرعاً.

قلنا: إن هذا عقد معاوضة، فتقتضي المساواة بينهما، وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم، وأحد البدلين ـ وهو المنفعة لمن يضر ـ مملوكة بنفس العقد؛ لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم.. فكذا في البدل الآخر.

ولو ملك الأجرة.. لملكها بغير بدل، وهو ليس من قضية المعاوضة، فتأخر الملك فيه؛ ضرورة تحقيق المساواة بينهما.

وإذا استوفى المنفعة.. يثبت الملك في الأجرة أيضاً؛ تحقيقاً للمساواة.

وإن عجلها أو شرط تعجيلها.. فقد التزم بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد: فيصح.

بخلاف الإجارة المضافة إلى زمان مستقبل بشرط تعجيل الأجرة.. فإن الشرط فيه باطل، ولا يلزمه في الحال شيء؛ لأن امتناع وجوب الأجرة فيه ليس بمقتضى العقد، بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت مستقبل.

والمضاف إلى وقت: لا يكون موجوداً قبل ذلك الوقت.. فلا يتغير هذا المعنى بالشرط، وفيما نحن فيه: إنما يجب الأجر لاقتضاء العقد المساواة، وليس بمضاف صريحاً.. فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه.

نظيره: أن الثمن في البيع يجب في الحال بنفس العقد، ولا يجب تسليم المبيع في الحال؛ لأنه تأخر بالعقد صريحاً.

وجواز العقد ليس باعتبار المعدوم جعل موجوداً كما زعمه الشافعي؛ لأن الموجود [٤٨٤/أ] من المنفعة لا يقبل العقد؛ لعدم القدرة على تسليمها؛ لأنها عرض لا يبقى زمانين حتى يقدر على تسليمه.. فلا يكون محلاً للعقد، بل باعتبار إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة:

في حق: صحة الإيجاب والقبول.

وفي حق: وجوب التسليم؛ إذ ما يمكن تسليمه هو العين الباقية لا العرض الغير الباقية.. فانعقد العقد في حق العين في الحال، حتى وجب تسليمها في الحال، وانعقد في حق المنفعة مضافاً إلى مستقبل؛ أعني: وقت حدوثها؛ لأن أقصى ما يُتَصور العقدُ على المنفعة على حسب وجودها شيئاً فشيئاً، وهذا معنى قولهم: «إن عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع».

وإنما جاز الاستئجار بالدين؛ لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة، فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته.. فلا يجب بدلها أيضاً عند انعقاد العقد فيها ـ وهو زمان حدوثها ـ لتصير هي مقبوضة، فلا يكون ديناً بدين أصلاً، ولو كان العقد منعقداً في حق المنفعة.. لما جازت الإجارة بالدين المؤجل أصلاً، كما لا يجوز السلم به.

فَتجبُ لَو قبضَ الدَّارَ وَلم يسكنهَا حَتَّى مَضَتِ الْمدَّةُ.

(فتجب): تفريغ على قوله: «أو التمكن منه»؛ أي: يجب الأجرة على المستأجر (لو قبض الدار) المستأجرة في مدة الإجارة؛ إذ لو قبضها بعد مدة الإجارة.. لا تجب الأجرة.

(ولم يسكنها حتى مضت المدة)؛ أي: مدة الإجارة؛ إذ لا مانع من جهة المؤجر، والتفريط من جهة المستأجر؛ لأن الواجب على المؤجر تسليم العين المستأجرة، لا تسليم المنفعة؛ لأنه غير متصور؛ لعدم وجودها وعدم بقائها بعدما وجد.

فإذا وجد تسليم العين في المدة في المكان الذي وجد العقد فيه فارغة عن متاعه، ولم يكن ثمة مانع من المؤجر، أو من العين من علة أو مرض بها، أو من أجنبي.. وجد تمام القبض، فيجب الأجر، وهو المدار.

والحاصل: أن ههنا قيوداً أربعة لوجوب الأجرة:

الأول: التمكن من الاستيفاء بأن يسلمها فارغة عن متاعه، خالية عن الموانع، حتى لو لم يتمكن منه.. لا تجب الأجرة.

الثاني: أن يكون التمكن من الاستيفاء في المدة، حتى لو تمكن في غير المدة.. لا يجب الأجر أيضاً.

الثالث: أن تكون الإجارة صحيحة، حتى لو كانت فاسدة.. لا تجب الأجرة بالتمكن من الاستيفاء في المدة، وقد ذكرناه من قبل.

الرابع: التمكن من الاستيفاء في المدة في الموضع الذي وجد فيه العقد، حتى لو استأجر [٤٨٤/ب] دابة للركوب، فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضت مدة الإجارة:

فإن استأجرها للركوب خارج المصر.. لا يجب؛ لعدم تمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد؛ فإن ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم

يركب.. يجب الأجر، وإن ذهب بها خارج المصر بعد مضي المدة ولم يركب.. لا يجب الأجر.

وإن استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق، فوضعه في بيته ولم يلبسه، فمضى سنون.. كان عليه لكل يوم دانق في الوقت الذي يعلم أنه لو لبسه لا ينخرق.

فإذا مضى وقت يعلم أنه لو لبسه يتخرق.. سقط عنه الأجر؛ لأنه بعدما مضى ذلك الزمان لا يمكن جعل الثوب منتفعاً به تقديراً، فسقط عنه الأجر؛ كامرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها؛ إذا مضى وقت لو لبسته لبساً معتاداً يتخرق.. كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى، وإلا.. فلا، كذا في «الخلاصة» و«قاضي خان».

وهل يلزم تسليم المستأجر إلى المؤجر بعد تمام المدة؟

قالوا: يجب تسليمه في مكان الإجارة.

وهل يلزم الأجر بتسليم المفتاح إلى المستأجر؟

ففي «قاضي خان»: رجل آجر داره ودفع المفتاح إلى المستأجر، وقال: خذ، فأخذه، ثم جاء المستأجر بعدما مضت مدة الإجارة، وقال: لم أقدر على فتح الدار ولم أسكن، وقال رب الدار: بل قدرت وسكنت.

قالوا: إن كان دفع إليه مفتاحاً لذلك الغلق.. كان القول قول صاحب الدار؛ فله أجر داره.

وإن لم يكن مفتاحاً لذلك الغلق.. كان القول قول المستأجر، والأجر عليه.

وإن كان المفتاح مفتاح ذلك الغلق، فضل المفتاح أياماً، ثم وجده.. كان عليه أجر ما مضى؛ لأنه صح تسليم الدار إليه وإن لم يسكن الدار؛ لتقصير كان من قبله. انتهى.

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

وَتسقطُ بِالْغَصْبِ بِقدرِ فَوتِ التَّمَكُّنِ.

وذكر فيها أيضاً قبل هذه المسألة: إن قال له المالك: دونك المنزل فاسكنه، إلا أنه لم يفتح الباب، وقال المستأجر بعد المدة: لم أسكنه؛ إن قدر على الفتح بلا مؤنة.. يلزمه الأجر، وإلا.. فلا.

وكسر الغلق ليس بشيء، حتى لا يكون للآجر أن يحتج ويقول: هلا كسرت الغلق ودخلت المنزل.

وكذا يلزم الأجر إذا أجر داراً وسلمها فارغة إلا بيتاً كان مشغولاً بمتاع المالك، أو سلم كل الدار، ثم نزع شيئاً منها من يده، لكنه رفع الأجر بحصته [٤٨٥/أ].

وقال في «القنية»: تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار: تسليم للدار، حتى تجب الأجرة بمضي المدة وإن لم يسكن.

وتسليم المفتاح في السواد: ليس بتسليم للدار وإن حضر المصر والمفتاح في يده. انتهى.

وقال في «البزازية»: استأجر دواباً إلى سمرقند من خوارزم.. يكفي لوجوب الأجرة تسليم الدواب، ولا يؤمر رب الدابة بإرسال الغلام معها.

وذكر محمد: أنه بإرسال الغلام معها.

وذكر شيخ الإسلام: أنه يخير، ولا يجبر.

(وتسقط)؛ أي: الأجرة **(بالغصب بقدر فوت التمكن)**، حتى لو غصب في جميع المدة.. سقط تمام الأجرة.

ولو غصب في بعضها.. تسقط بحسابها؛ لزوال التمكن من الانتفاع.

وهل تنفسخ الإجارة بالغصب في الباقي، أم لا؟

قال صاحب «النهاية»: إنها تنفسخ.

وقال القاضي فخر الدين والفضلي: إنها لا تنفسخ، كذا في «الزيلعي».

وقال في «القنية»: الغاصب إذا بعد المستأجر عن الدار في المدة أو في بعضها.. لا يسقط الأجر.

ولو داراً فنزلها غاصب مدة.. سقط حصتها إن لم يمكن إخراجه إلا بإنفاق مال.

وإن أمكن بالشفاعة أو الحماية.. لا يسقط.

فظهر منه: أن بمجرد تبعيد الغاصب المستأجر.. لا يتحقق الغصب، ما لم يسكن هو بنفسه.

قال في مسائل الشيوع من إجارة «البزازية»: الوكيل بالاستئجار: استأجر الدار للموكل، وتسلم، ولم يسلمها إلى الموكل، وسكنها بنفسه.. قال أبو يوسف: لا أجر عليه.

وقال محمد: على الموكل؛ لأن قبض الوكيل كقبضه، فوقع قبض الوكيل أولاً للموكل، وصار الوكيل بالسكنى غاصباً.. فلا يجب عليه، وفيه نظر؛ لأن الدار إذا غصب من المستأجر.. يسقط عنه الأجر. انتهى. كلام «البزازية».

كأنه يريد ترجيح قول أبي يوسف، أعني: «لا أجر على الموكل»، بل على الوكيل.

وهل يرجع الوكيل على الموكل بعد الأداء، أم لا يرجع؟

ذكر في فصل التوكيل بالإجارة من «البزازية»: أنه لا يرجع على الموكل بالأجرة على الصحيح استحساناً؛ لأن الوكيل بالحبس صار غاصباً الدار من الموكل، والغصب من غير المالك متصور، فصار كغصب الأجنبي.

وقيل: إنه يرجع على الموكل، وبه جزم في «المحيط» السرخسي، نقلاً عن «الجامع»؛ حيث قال فيه:

الوكيل بالاستئجار استأجر الدار وقبض، ومنع الآمر حتى انقضت المدة..

فالأجر على الوكيل، ويرجع به على الموكل، كما في الشراء؛ لأن الوكيل بالاستئجار: كالوكيل بالشراء، تثبت حقوق العقد له، وتجب عليه، ولا تكون المنفعة بالقبض [٤٨٥/ب] والمنع مضمونة عليه؛ لأن إتلافها وقبضها لا يتصور.

والوكيل بالشراء لو حبس المبيع من موكله له، وليس له حق الحبس بأن كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده.. كان الثمن على الوكيل؛ لأنه نائب عنه في القبض، فلا يسقط الأجر من الموكل متى تلفت المنافع في يد الوكيل بعدما حبس عن المؤكل؛ لأن هلاك المعقود عليه بعد قبض الأمر، فالآمر لا يسقط عنه البدل.

ولهذا لو انهدم شيء من الدار بسكنى الوكيل.. لا يضمن؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الوكيل بالسكنى غاصباً للدار من صاحب الدار وله حق القبض، ولا يمنع الآمر من الانتفاع؛ كما لو منع المالك عن ماله حتى ضاع.. لا يصير غاصباً.

وإن استأجر الوكيل بشرط تعجيل الأجرة.. لزم المستأجر ولم يرجع على الآمر؛ لأن له حق المنع والحبس بالأجرة إذا كانت الأجرة معجلة لحق العقد. انتهى كلام «المحيط».

وهكذا ذكره في أواخر فصل الإجارة الطويلة من «قاضي خان».

وقال في «القنية»: الآجر إذا منع المستأجر عن سكنى الدار التي أجرها بعد التسليم.. لا يسقط الأجر.

إذا كان المستأجر يماطل الآجر في أداء الغلة، فأخذ الآجر المفتاح ليدفع الغلة، فبقي مغلقاً شهراً.. لا تسقط حصته؛ لأنه كان متمكناً من الانتفاع بواسطة أداء الغلة.

وكذا إذا استأجر مشط الحائك لعمل في محاكة الوقف، فأخذ المتولي رهناً لاستيفاء الغلة شهراً.. لا يسقط حصة الأجر منه لما مر.

أجر داره وسلمها، ثم وقعت فتنة، فشغل بيتاً منها بأمتعته.. سقط حصته من الأجر لفقد تسليم المنفعة.

ولربِّ الدَّارِ وَالْأَرْضِ طلبُ الْأَجرةِ لكلِّ يَوْمٍ.

ولربِّ الدَّابَّةِ: لكلِّ مرحلةٍ.

ثم قال فيها رامزاً إلى «تج»[1]: استأجر رحى مع الدار للطحن، فمنعه الجيران بفتوى الأئمة أو بالقضاء.. لا يسقط عنه الأجر ما لم يمنع حساً.

«عك»[2] انسد راقود قول الحمام، فلا ينتفع به وهي في يد المستأجر.. سقط أجرة هذه المدة، ولا تبقى الإجارة إذا لم ينتفع بها انتفاع الحمام.

وقيل: يجب الأجر بقدر ما ينتفع بها [للسكن][3] أو ربط الدواب. انتهى.

وقال في الثالث من إجارات «البزازية»: استأجر منزلاً مقفلاً، فأعطى المفتاح للمستأجر، وقال: افتحه، فأعطى شيئاً للحداد وفتحه.. لا يرجع به على المؤجر، ويلزمه الأجرة، وإن انكسر القفل بعلاج الحداد.. ضمنه الحداد، إلا أن يكون علاجاً خفيفاً لا ينكسر به القفل عادة، وإن انكسر بعلاج المستأجر.. لا يضمن إن كان يعالج بمثله عادة.

(ولرب الدار والأرض طلب الأجرة لكل يوم)؛ لأنه استوفى [٤٨٦/أ] منفعة مقصودة، إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد.. فحينئذٍ ليس له المطالبة قبل ذلك الوقت؛ لأنه بمنزلة شرط التأجيل، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة قبله، فكذا ما هو بمنزلته.

(ولرب الدابة: لكل مرحلة)؛ لأن سير كل مرحلة مقصود؛ كسكنى يوم.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يجب الأجر في الكل حتى يستوفي جميع المنفعة بانقضاء المدة وانتهاء السفر، وهو قول زفر؛ لأن المعقود عليه جملة المنافع

---

(١) رمز تاج الدين الحسامي، وجميع ما ذكر من المسائل هنا نقلاً عن «القنية» في مخطوطها (٢٨٢- ٢٨٣).

(٢) رمز عين الأئمة الكرباسي.

(٣) سقطوا تم استدراكه من مخطوط «القنية» (٢٨٣).

وللقصَّارِ والخيَّاطِ: بعدَ الْفَرَاغِ مِن عملِهِ وإِنْ عَمِلَ فِي بَيتِ الْمُسْتَأْجِرِ.

في المدة.. فلا يتوزع الأجر على أجزاء تلك الجملة كما في البيع؛ فإنه ما لم يسلم جميعه.. لا يستحق قبض الثمن، وصار كما إذا كان المعقود عليه: هو العمل كالخياطة؛ فإن الخياط لا يستحق شيئاً من الأجرة ما لم يتم العمل على ما سيأتي.

ثم رجع عنه، وقال: له طلب الأجرة لكل يوم ولكل مرحلة؛ لأن القياس اقتضى استحقاق الأجر ساعة فساعة؛ تحقيقاً للمساواة بين البدلين على ما مر، إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيرها، فيتضرر به، بل تفضي إلى عدمها؛ فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر، فيمتنع الانتفاع من جهته، فتمتنع المطالبة أيضاً.

وما يفضي وجوده إلى عدمه.. فهو منتف؛ فالمطالبة في كل ساعة منتفية، فقدرناها باليوم والمرحلة تسهيلاً. (**وللقصار والخياط: بعد الفراغ من عمله وإن**) وصلية (**عمل في بيت المستأجر**)؛ لأن المعقود عليه هو العمل في كل الثوب، والعمل في بعضه غير منتفع به، وغير المنتفع به لا يستوجب به الأجر.

ولو كان ثوبين ففرغ من أحدهما:.. جاز أن يطلب أجرته؛ لأنه منتفع به، كذا في «العناية».

واعلم: أن ما ذكره المصنف في هذه المسألة هو مختار صاحب «الهداية».

وقال في «النهاية»: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من «مبسوط شيخ الإسلام» و«الذخيرة» و«المغني» و«شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام و«قاضي خان» و«التمرتاشي» و«الفوائد الظهيرية».

وذكر عن كل واحد من هذه الكتب نقلاً يدل على أن من استأجر خياطاً يخيط له في بيت المستأجر.. فله الأجر بقدر ما خاط؛ لوجود التسليم إلى صاحبه؛ لكونه في بيته.

وللخباز: بعدَ إِخْرَاجِ الْخبزِ؛ فإِنِ احْتَرَقَ قبلَ الْإِخْرَاجِ.. سقطَ الْأجرُ، وإِنْ بعدَهُ.. فَلَا إِنْ فِي بَيتِ الْمُسْتَأْجِرِ، ....

ونقل عن «الذخيرة»: يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر؛ كما في الحمال وباني الدار.

ثم قال: ولكن نقل من «التجريد»: أن الحكم قد ذكر فيه، كما ذكره صاحب «الهداية».. فيحتمل أن صاحب «الهداية» [٤٨٦/ب] اتبع صاحب «التجريد» في هذا الحكم.

وقال في «العناية»: إن كلام صاحب «الذخيرة» ـ على ما نقله في «النهاية» ـ: «يدل على استحقاق بعض الأجرة».. إنما هو إذا كان له حصة معلومة، وذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء من الكم والذيل حصة معلومة، وحينئذ.. يكون كل جزء بمنزلة ثوب على حدة، بأجرة معلومة، فيستوجب أجرة؛ كما في كل الثوب.

(**وللخباز: بعد إخراج الخبز**) من التنور؛ لأنه قد فرغ، فيملك المطالبة بالأجر.

لكن هذا إذا كان في بيت المستأجر على ما سيأتي التقييد به.

(**فإن احترق قبل الإخراج.. سقط الأجر**)؛ لهلاكه قبل التسليم إلى صاحبه، ولأنه قبل الإخراج لا قيمة له.

وكذا لو سقط من يده قبل الإخراج فاحترق.. لا يستحق الأجر؛ لما ذكر.

بخلاف ما إذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الأجرة بخياطة بعضه وإن هلك قبل التسليم؛ لأن ذلك القدر له قيمة وينتفع به، فيستحق الأجرة بحسابه، كذا في «الزيلعي».

(**وإن بعده**)؛ أي: إن هلك بعد الإخراج (**.. فلا**) يسقط الأجر؛ لأنه حينئذ يملك بعد التسليم؛ لأن بمجرد الإخراج يوجد التسليم؛ لكونه في منزل صاحبه.

(**إن**) كان (**في بيت المستأجر**)، هذا قيد لكل من قوله: «وللخباز بعد إخراج الخبز» وقوله: «وإن بعده فلا».

وَلَا ضَمَانَ.

وَقَالَا: إِن شَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ ضَمَّنَهُ مثلَ دقيقِهِ وَلَا أَجرَ.

وإِنْ شَاءَ ضمَّنَهُ الْخبزَ، وَلهُ الْأَجرُ.

وللطباخ: للوليمةِ بعدَ الغرفِ.

وإن كان في بيت الخباز.. ليس له المطالبة بعد الإخراج ما لم يسلم إلى صاحبه، ويسقط الأجر بعد الإخراج أيضاً.

(ولا ضمان)؛ لأنه هلك بعد التسليم؛ لكونه مسلماً إليه بالإخراج ، ولأنه أمين، ولا ضمان على الأمين.

بخلاف ما لو احترق قبل الإخراج.. فإنه يضمن؛ لأنه بخيانة بعده، كذا في «الزيلعي».

(وقالا): إنه يضمن؛ لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب، ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم، والوضع في بيته: ليس كذلك.

ثم؛ إذا وجب الضمان؛ (إن شاء المستأجر.. ضمنه مثل دقيقه ولا أجر، وإن شاء.. ضمَّنه الخبز وله)؛ أي: للخباز (الأجر).

قال صاحب «النهاية»: هذا الذي ذكر من الاختلاف: اختيار القدوري.

وأما عند غيره.. فهو مجري على عمومه؛ بأنه لا ضمان بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة: فلأنه لم يهلك من عمله.

وأما على قولهما: فلأنه هلك بعد التسليم.

ولكن هذا إنما يتم إذا كان الوضع في بيته تسليماً، وهل يجب عليه ضمان الحطب والملح؟

ففي «الزيلعي»: أنه لا يجب؛ لأنه صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه.

(وللطباخ للوليمة: بعد الغرف) بفتح الغين المعجمة، مصدر «غرف»؛ أي:

ولضاربِ اللَّبِنِ: بعدَ إقَامَتِهِ.

وَقَالا: بعدَ تشريجِهِ.

وَمَن لعَمَلِهِ أَثرٌ فِي الْعينِ كصبَّاغٍ وقصَّارٍ يقصرُ بالنَّشاءِ وَالْبيضِ.. فَلهُ حَبسُهَا لِلْأَجرِ.

إخراجه إلى القِصاع؛ لأنه من تمام عمله عرفاً.

وإن استؤجر [٤٨٧/أ] في طبخ قدر مخصوص.. فليس عليه الغرف؛ أي: تفريغه إلى القصاع.

(**ولضارب اللَّبِن: بعد إقامته**) عند أبي حنيفة؛ فإن أفسده المطر قبل ذلك وانكسر.. فلا أجر له؛ لأنه لا يصير مسلَّماً ما لم يصر لَبِناً، وما دام على الأرض: لا يصير لبناً.

(**وقالا**): يستحق الأجر (**بعد تشريجه**) بالجيم؛ أي: تنفيذه بضم بعضه إلى بعض؛ لأن التشريج من تمام عمله عرفاً، فصار كالمشروط نصاً.

فلو أفسده المطر بعد إقامته قبل التشريج.. لا أجر له عندهما، هذا فيما إذا لبّن في أرض المستأجر؛ لأنه يصير مسلماً إليه بالإقامة أو التشريج، على اختلاف الأصلين.

وإن لبّن الأجير في أرض نفسه.. لا يستحق الأجر حتى يسلمه بالعد بعد الإقامة أو التشريج.

(**ومن لعمله أثر في العين؛ كصباغ وقصّار يقصر بالنشاء والبيض.. فله حبسها**)؛ أي: العين (**للأجر**)؛ لأن المعقود عليه وصف في المحل.. فله حق الحبس لاستيفاء البدل؛ كما في المبيع للثمن.

إلا إذا كانت الأجرة مؤجلة، ثم ليس له حبسها.

قال في «الخلاصة» في كسر الحطب وحلق شعر العبد: حق الحبس، وللنساج: حق الحبس، وكذا: كل من صار العين بعمله شيئاً آخر؛ بحيث لو فعله الغاصب.. زال ملك المالك.

فَإِن حَبسَهَا فَضَاعَت.. فَلَا ضَمَانَ ولا أجرَ.

وَقَالا: إنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضمَّنَهُ مصبوغاً وَلَهُ الْأجرُ، أَو غيرَ مصبوغٍ وَلَا أجرَ لَهُ.

وَمن لَا أثرَ لعملِهِ فِيهَا؛ كالحمَّالِ والملَّاحِ وغاسلِ الثَّوْبِ.. لَيْسَ لَهُ حَبسُهَا.

وأما القصار، إن كان يقصر بالنساسج أو ببياض البيض.. فله الحبس.

أما إذا كان ببياض الثوب لا غير.. فقد اختلف المشايخ فيه، والأصح: أن له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستتراً، وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكاً بالاستتار، فصار كأنه أحدثه فيه بالإظهار، كذا في «الزيلعي» نقلاً عن «النهاية».

وقال في «الخلاصة»: وهذا كله إذا عمله في دكانه.

أما إذا عمله في بيت المستأجر.. فليس له حق الحبس.

(**فإن حبسها فضاعت.. فلا ضمان**) عليه عند أبي حنيفة؛ لأنه غير متعد في الحبس، فبقي أمانة كما كان عنده.

(**ولا أجر**) له؛ لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم، وذلك يوجب سقوط البدل؛ كالمبيع إذا هلك قبل التسليم إلى المشتري.. يسقط الثمن من المشتري.

(**وقالا: إن شاء المالك.. ضمَّنه مصبوغاً وله الأجر، أو غير مصبوغ، ولا أجر له**)؛ لأن العمل لم يصر مسلماً إليه، وسيأتي تفصيله في ضمان الأجير.

(**ومن لا أثر لعمله فيها**)؛ أي: في العين؛ (**كالحمال**) بالحاء أو الجيم، (**والملاح، وغاسل الثوب.. ليس له حبسها**)؛ لأن المعقود عليه: نفس العمل، وهو غير قائم في العين.. فلا يتصور حبسه، فليس له ولاية الحبس [٤٨٧/ب].

وقال زفر: ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر أيضاً، واستدل عليه: بأن المعقود عليه صار مسلماً إلى صاحبه باتصاله بملكه، فسقط حق الحبس؛ لأن الاتصال بملكه صار بإذنه، فصار كالقبض بيده.

بِخِلَافِ رِدِّ الْآبِقِ.

وَإِذا أطلقَ الْعَمَلَ للصَّانعِ.. فَلَهُ أَن يسْتَعْمِلَ غَيرَهُ.

وإِنْ قَيَّدَهُ بِعَمَلِهِ بِنَفسِهِ.. فَلَا.

قلنا: اتصال العمل بالمحل: ضرورة إقامة العمل، فلم يكن راضياً بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم، بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل؛ إذ لا وجود للعمل إلا به، فكان مضطراً إليه، والرضاء لا يثبت مع الاضطرار؛ كصاحب العلو إذا بنى السفل.. لا يكون متبرعاً راضياً به؛ لأنه مضطر إليه.

(**بخلاف رد الآبق**)؛ حيث كان للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل، ولا أثر لعمله؛ لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه؛ فكأنه باعه منه.. فله حق الحبس.

(**وإذا أطلق العمل للصانع**)، وذلك بأن لم يقيد بعمله بنفسه (**.. فله**)؛ أي: للصانع (**أن يستعمل غيره**)؛ لأن المستحق: هو العمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره؛ بمنزلة إيفاء الدين.. فله أن يستأجر غيره أو يستعمله بعضه.

(**وإن قيد بعمله بنفسه.. فلا**)؛ أي: ليس له أن يستعمل غيره؛ لأن المعقود عليه: العمل من محل معين، فيستحق عينه؛ كالمنفعة في محل بعينه؛ كمن استأجر دابة بعينها للحمل.. فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، كذا قالوا.

واستشكل بعض مشايخنا: بأنه لوخالف إلى خير؛ بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الصنع، أو سلم دابة أقوى من ذلك.. كان ينبغي أن يجوز.

قال في «البزازية»: لو قال للخياط: استأجرتك لتخيط، فخاط غلامه.. استحق الأجر، وإن قال: بيد نفسك.. لا يستحق. انتهى.

فقد جعل الأول من قبيل الإطلاق، والثاني من قبيل التقييد.

وقال فيها أيضاً: لو قال: استأجرتكِ لتُرضعي، فأرضعت جاريتها.. استحقت الأجر.

وإن شرط إرضاع نفسها.. قيل: استحقت الأجر.

وَمَنِ اسْتَأْجرَهُ رجلٌ ليجيءَ بعيالِهِ، فَوجدَ بَعضَهم قد مَاتَ، فَأَتى بمن بقيَ.. فَلَهُ أَجرُهُ بحسابِهِ.

وقيل: لا.

والأوجه: الاستحقاق.

فعلى هذا: يكون استئجار الغير: مستثناة من مسألة المتن.

(ومن استأجره رجل ليجيء بعياله) من بصرة مثلاً ـ الباء للتعدية ـ **(فوجد بعضهم قد مات، فأتى بمن بقي.. فله أجره بحسابه)**؛ لأنه أوفي ببعض المعقود عليه، فيستحق العوض بقدره.

قال في «المحيط» و«قاضي خان»: هذا إذا كان عياله معلومين، حتى يكون الأجر مقابلاً بجملتهم، فيستحق القدرُ المستوفى منه تلك الجملةُ الأجرَ.

وأما إذا كان عياله غير معلومين.. فهل تصح هذه الإجارة أم لا تصح؟

والذي [٤٨٨/أ] صرح في «الخلاصة» والبزازية: أنها فاسدة؛ حيث قالا: وإن لم يكونوا معلومين.. فالإجارة فاسدة، فحينئذٍ: يلزم أجر المثل بقدر عمله.

والذي ظهر من «الزيلعي»: أنها صحيحة؛ حيث قال نقلاً عن أبي جعفر الهندواني: هذا إذا كان عياله معلومين؛ فإن كانوا غير معلومين.. يجب الأجر كله. انتهى.

فإنها لو كانت فاسدة.. لما وجب الأجر المسمى كله؛ لأن اللازم في الإجارة الفاسدة: هو أجر المثل.

وفي «قاضي خان»: أهل بلدة ثقلت عليهم المؤنات فاستأجروا رجلاً بأجر معلوم ليذهب إلى السلطان ويرفع القصة إليه ليخفف عنهم السلطان نوع تخفيف، وأخذ الأجر من عامة أهل البلد من الأغنياء والفقراء.. قالوا: إن كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهيأ له إصلاح الأمر في يوم أو يومين.. جازت الإجارة، وإن بحال

وإِنْ اسْتُؤْجِرَ لإيصالِ طَعَامٍ إِلَى زيدٍ فَوَجَدَهُ مَيتاً فَردَّهُ.. فَلَا أَجَرَ لَهُ.

وَكَذَا لإِيصالِ كتابٍ إِلَيْهِ فَردَّه لمَوْتِهِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ أجرُ ذَهَابِهِ هُنَا.

لا يحصل المقصود في يوم أو يومين، وإنما يحصل في مدة؛ فإن وقتوا للإجارة وقتاً.. جازت الإجارة، وله كل المسمى.

وإن لم يوقتوا.. فسدت الإجارة، وكان له أجر المثل على أهل البلدة، على قدر مؤنتهم ومنافعهم.

(**وإن استؤجر لإيصال طعام إلى زيد**) بالبصرة مثلاً (**فوجده ميتاً فرده**)؛ أي: الطعام (**.. فلا أجر له**) بالاتفاق؛ لنقضه تسليم المعقود عليه ـ وهو: حمل الطعام إلى زيد ـ بالرد إلى صاحبه، فصار كأنه لم يفعل.. فلا أجر؛ كالخياط إذا خاط ثوباً، ثم فتقه.

وقال زفر: له الأجر؛ لأنه لما حمل الطعام إلى البصرة.. انتهت إجارته، فوجب الأجر، ثم صار في الرد إلى صاحبه غاصباً: فلا يسقط حقه به في الأجر المستحق.

كمن باع طعاماً وسلم إلى المشتري، ثم استرده منه.. يجب الثمن على المشتري، والبائع غاصب للطعام، فيجب عليه بمجرد حمل الطعام إلى البصرة؛ لأن المعقود عليه هو الحمل إلى زيد بالبصرة، ولم يوجد هذا، وإنما الموجود منه: هو الحمل إلى البصرة، وليس بمعقود عليه.. فلا يجب الأجر.

(**وكذا**) لو استؤجر (**لإيصال كتاب إليه**)؛ أي: إلى زيد في البصرة، (**فرده**)؛ أي: الكتاب إلى صاحبه (**لموته**)؛ أي: لموت زيد.

(**وقال محمد: له أجر ذهابه هنا**)؛ أي: في مسألة إيصال الكتاب إلى زيد.

والفرق له بين هذه المسألة وبين مسألة إيصال الطعام: أن المعقود عليه في هذه المسألة: هو قطع المسافة؛ لأن حمل الكتاب لا يصلح أجراً؛ إذ ليس له حمل ومؤنة.. فلا يصلح معقوداً عليه.

وَلَو تَركَهُ هُنَاكَ.. فَلهُ أجرُ الذّهابِ إجْمَاعاً.

بخلاف قطع المسافة؛ فإن لها حملاً ومؤنة [٤٨٨/ب]، فيستحق الأجر في مقابلتها، وقطع المسافة قد وجد في الذهاب، فيستحق الأجر في مقابلته.

بخلاف مسألة إيصال الطعام.. فإن المعقود عليه في هذه المسألة هو حمل الطعام إلى زيد؛ لأن له حملاً ومؤنة، فيصلح معقوداً عليه، ولم يوجد ذلك.. فلا يستحق الأجر.

وقالا: إن المعقود عليه في مسألة إيصال الكتاب: هو نقل الكتاب إلى زيد، وقد نقضه برده إلى صاحبه، فيسقط الأجر؛ كما في مسألة إيصال الطعام إلى زيد.

(**ولو تركه**)؛ أي: الكتاب (**هناك**)؛ أي: في البصرة ليصل إلى زيد أو إلى ورثته (.. **فله أجر الذهاب إجماعاً**)؛ لأنه أتى بما في وسعه، فله نصف المسمى.

وقال في رابع إجارات «البزازية» في تفصيل هذه المسألة: إن دفع الكتاب إلى ورثة فلان.. يجب أجر الذهاب بالإجماع، وإن وجد فلاناً غائباً و ترك الكتاب هناك.. قال مشايخنا: إنه أيضاً على الخلاف.

وبعضهم: أنه يجب أجر الذهاب أيضاً إجماعاً.

هذا إذا شرط عليه المجيء بالجواب.

أما بلا شرطه؛ فإن ترك الكتاب ثمة حتى يعطى له إن حضر إذا كان غائباً، أو إلى ورثته إن كان ميتاً.. يستحق الأجر.

وكذا: لو وجده ودفع الكتاب ولم يقرأ وعاد بلا جواب.. يجب الأجر كملاً؛ لأنه أتى بما في وسعه.

ولو لم يجده، أو وجده وعاد بالكتاب.. فلا أجر له.

وقال محمد: له أجر الذهاب.

ولو نسي الكتاب ثمة.. لا يستحق أجر الذهاب إجماعاً. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: ولو ترك الكتاب ثمة أو مزقه ولم يرد.. كان له أجر الذهاب في قولهم.

وقيل: إذا مزقه.. ينبغي أن لا يجب الأجر؛ لأنه إذا ترك الكتاب ثمة ينتفع بالكتاب وارث المكتوب إليه، فيحصل الغرض، بخلاف ما إذا مزقه.

ولو استأجر رجلاً ليذهب إلى موضع كذا ويدعو فلاناً إليه بأجر مسمى، فذهب إلى ذلك الموضع، فلم يجد فلاناً.. قالوا: له الأجر.

ولو استأجره ليذهب إلى موضع كذا ويؤدي رسالته إلى فلان، فذهب ولم يجد فلاناً في ذلك الموضع وعاد.. كان له الأجر مقابل الذهاب، لا بتبليغ الرسالة. انتهى.

يعني: أنه أتى بما في وسعه وهو الذهاب إليه وقطع المسافة.. فيستحق الأجر في مقابلته، وإما تبليغ الرسالة إليه والإسماع.. فليس في وسعه، فلا يقابله الأجر.

فإن قيل: ما الفرق بين مسألة الرسالة هذه وبين المسألة السابقة؛ أعني: مسألة إيصال الكتاب، حيث قالا في مسألة إيصال الكتاب: إنه لو عاد [٤٨٩/أ] بكتاب.. لا أجر له، وفي هذه المسألة: لو عاد.. له أجر الذهاب؛ كما قال محمد كذلك في مسألة إيصال الكتاب؟

قلنا: الفرق لهما: أن الكتاب يكون سراً مختوماً غالباً، فيمكنه الترك؛ لعدم اطلاع الغير عليه؛ لعدم حل فك ختم غيره، بخلاف الرسالة.. فإنها سر لا يذاع عند الغير؛ فامتنع إبلاغ الغير.

وقال الإمام الحلواني: لا فرق بين الكتاب والرسالة.

قال في «فتاوى قاضي خان» من فصل ما يجب على المستأجر وما لا يجب: استأجر [سفينة][1] ليذهب بها إلى موضع كذا، ويحمل عليها كذا، ويجيء بها،

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (٢/١٦٣).

فذهب بالسفينة ولم يجد ذلك الشيء.. قال محمد: يلزمه كراء السفينة في الذهاب فارغة أقل كراء.

ولو قال اكتريتها منك على أن تحمل الطعام من موضع كذا إلى هنا، فلم يجد الطعام.. فليس عليه شيء من الكراء.

لأن في المسألة الأولى: اكترى السفينة للذهاب والحمل والرجوع.. فيلزمه حصة الذهاب.

وفي المسألة الثانية: وقع الاستئجار على حمل الطعام من موضع كذا إلى هنا؛ فإذا لم يحمل.. لا يلزمه شيء.

ولو استكرى دابة ليحمل [عليها][1] من هناك حمولة، فجاء المكاري وقال: ذهبت ولم أجد الحمل.. قالوا: أن صدقه المستكري في ذلك.. كان عليه أجر الذهاب خالياً عن الحمل.

استأجر دابة في المصر ليحمل عليها الدقيق من طاحونة كذا والحنطة من قرية كذا، فذهب فلم تكن الحنطة [طحنت][2] ولم يجد في القرية حنطة فرجع إلى المصر.. قال محمد بن الفضل: ينظر في لفظة الاستئجار؛ إن كان المستأجر قال: استأجرت هذه الدابة من هذه البلدة حتى أحمل الدقيق من طاحونة كذا.. يجب نصف الكراء؛ لأن الإجارة وقعت صحيحة من البلدة إلى الطاحونة من غير حمل شيء، فيجب نصف الأجر للذهاب، ثم الإجارة من الطاحونة إلى البلدة إنما كان لحمل الدقيق ولم يوجد.. فلم يجب للرجوع شيء.

وأما إذا قال المستأجر: أجرت منك هذه الدابة بدراهم حتى أحمل الدقيق من الطاحونة، فلم يجد الدقيق هناك.. لا يجب شيء؛ لأن هناك الإجارة وقعت على

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان».

(٢) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان».

حمل الدقيق من الطاحونة، فلا يجب الأجر إذا لم يحمل الدقيق. انتهى.

وقد ذكر فيه أيضاً قبل هذه المسألة: رجل اكترى من رجل سفينة ليحمل فيها الطعام إلى موضع كذا، فلما بلغت السفينة إلى ذلك الموضع.. ردها الريح إلى المكان الذي اكتراها؛ فإن لم يكن الذي اكترى السفينة مع الملاح.. ليس على المكتري [٤٨٩/ب] كراء.

وإن كان معه.. فعليه الكراء؛ لأن العمل صار مسلماً إلى المكتري كالخياط؛ إذا خاط الثوب في دار صاحب الثوب.

استأجر بغلاً للركوب إلى موضع كذا، فجمح في بعض الطريق ورده إلى الموضع الذي استأجره.. فعليه الأجر.

وهو نظير مسألة السفينة إذا ردها الريح والمكتري مع الملاح في السفينة.

وفي «البزازية» نقلاً عن «الواقعات»: رجل اشترى أشجاراً للقلع بالأجراء، فلم يرض البائع فتقايلا؛ إن استأجرهم ليذهبوا معه من المصر إلى موضع الأشجار.. فلهم أجر الذهاب، وإن كانت الإجارة لقلع الأشجار في موضع كذا.. فلا أجر.

وفي «النوازل»: استأجر أجيراً على أن يقلع له الأشجار في موضع كذا، على أن أجر الذهاب والرجوع على المستأجر.. قال: لا أرى له أجر الذهاب ولا الرجوع؛ لأنه لم يعمل شيئاً.

استأجر مكارياً يحمل له وقراً من الحنطة إلى موضع كذا، فلما بلغ نصف الطريق.. عاد به إلى المكان الأول: لا يجب الأجر.

* * *

(بَابُ مَا يجوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ وَمَا لَا يجوزُ)

(بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الإجَارَةِ وَمَا لا يَجُوزُ)

وفي «البزازية»: الإجارة إذا وقعت على العين.. لا تجوز؛ فلا يصح استئجار الآجام والحياض لصيد السمك أو رفع القصب وقطع الحطب أو لسقي أرضه أو غنمه منها، وكذا إجارة المراعي.

والحيلة في الكل: أن يستأجر موضعاً معلوماً لعطن الماشية ويسيح الماء والمرعى.

وقد ذكرنا في باب البيع الفاسد نقلاً عن «البحر»: ما يفيد جواز إجارة الحياض للصيد.. فارجع.

ومما لا يجوز: استئجار الزوج زوجته للخدمة، واستئجار الأب ابنه.

قال في «الخلاصة»: لو استأجر امرأته لتخدمه.. لا يجوز.

ولو كانت المرأة أمة الغير.. جاز.

ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها.. جاز في ظاهر الرواية.

وروى أبو عصمة بن سعد بن معاذ المروذي: أنه باطل.

وذكر في كتاب جعل الآبق: أن للزوج أن لا يخدمها، ومتى رجع الأمر إلى القاضي.. يفسخ العقد بينهما.

ومن مشايخنا من قال: تأويل قول أبي عصمة: أنه سيبطل.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان.

وإن استأجر ابن الحر الأب أو الأم ليرعى غنمه أو ليعمل عملاً آخر غير الخدمة.. جاز.

ولو استأجر الابن أمه للخدمة أو جده أو جدته.. لا يجوز.

وَصَحَّ اسْتِئْجَارُ الدَّارِ والحانوتِ وَإِن لم يذكرْ مَا يَعْملُ فِيهِ.

وَلهُ أَنْ يعْملَ كلَّ شَيْءٍ سوى مَا يوهِنُ الْبناءَ كالحِدادةِ والقِصارةِ والطَّحنِ.

ولو عمل واحد من هؤلاء.. يجب المسمى.

ولو استأجرت زوجها ليرعى غنمها.. جاز.

ولو استأجر الأب ليخدمه.. لا يجوز؛ حراً كان الأب أو عبداً لغيره أو كافراً.

ولا يجب الأجر إذا خدم، إلا إذا كان مكاتباً أو عبداً. انتهى.

(وصح استئجار) [٤٩٠/أ] **(الدار والحانوت وإن لم يذكر ما يعمل فيه)** من السكنى وغيره.

والقياس: أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيه؛ لأن المقصود من الدار والحانوت: الانتفاع، وهو متنوع، فوجب أن لا يجوز ما لم يبين نوعاً منها؛ للجهالة المفضية إلى النزاع، لكنه جاز استحساناً.

ووجهه: أن المعروف عرفاً: كالمشروط نصاً، فينصرف إليه، وهو السكنى، ولهذا سمِّي مسكناً.

فإن قيل: سلمنا أن السكنى متعارف، ولكنه قد يتفاوت بتفاوت السكان.. فلا بد من بيانه.

أجيب: بأن السكنى لا تتفاوت وإن تفاوت السكان، وما لا يتفاوت.. لا يشتمل على ما يفسد العقد، فيصح.

(وله أن يعمل كل شيء) من: السكنى والإسكان، والوضوء والغسل وغسل الثياب، وكسر الحطب للوقيد، وغيرها من توابع السكنى؛ لإطلاق العقد.

(سوى ما يوهن البناء؛ كالحدادة والقصارة والطحن) بالماء أو بالدابة، دون اليد إن لم يوهن البناء؛ لأن فيما يوهن البناء ضرراً ظاهراً، فيقيد بما وراءه دلالة. وفي «الخلاصة»: لا يمنع من رحى اليد، إلا إذا كان يضر.. فحينئذٍ يمنع. وعليه الفتوى.

وكذا: يمنع من كسر الحطب إذا زاد، أو يوهن البناء.. إلا برضاء المالك، أو يشترط في الإجارة.

ولو أقعد فيها قصاراً فانهدمت من عمله.. ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن.

وينبغي: أن يجب فيما لم يضمن وهو الساحة.

وإن لم ينهدم شيء بالقصارة.. لا يجب الأجر قياساً.

ويجب المسمى استحساناً.

هذا فيما إذا استأجر ولم يذكر ما يعمل فيه.

وإذا استأجر ليقعد قصاراً.. فله أن يقعد حداداً أيضاً؛ إذا كانت مضرتهما واحدة.

ولو قال المستأجر: شرطت لك القصارة، وأنكر الآجر.. فالقول قوله.

وإن أقاما البينة.. فالبينة بينة المستأجر.

وهل له أن يرابط دوابه؟

ففي «الخلاصة»: وللمستأجر أن يرابط فيها دابته وبعيره وشاته؛ فإن لم يكن هناك مربط.. ليس له اتخاذ المربط، بل يربط على باب داره.

وكذا: إن لم يكن فيها بئر ماء.. ليس له أن يحفر بئر ماء.

ولو حفر؛ فما عطب به.. يضمن إن كان بغير إذن المالك.

ولو ضربت الدابة إنساناً فمات، أو هدمت حائطاً.. لم يضمن.

ولو أدخل المؤجر دابته الدار المستأجرة بعدما سكن، فعطب به شيء.. ضمن؛ إذ ليس له إدخال دابته بعدما سكن المستأجر، إلا إذا أدخلها بإذن المستأجر.. فلا يضمن.

بخلاف ما إذا أعار داره، ثم ربط المعير دابته على باب الدار فضربت إنساناً.. لا يضمن.

هذا [٤٩٠/ب] إذا أجر كل الدار؛ فإن لم يؤجر صحن الدار.. له أن يربط في الصحن.

وللمستأجر أن يبني التنور فيها، حتى لو بنى فاحترق به شيء من الدار.. لم يضمن؛ لأن التنور من لوازم السكنى.

وله أيضاً: الإيجار إلى آخر، لكنه لو أجره بأكثر مما استأجره.. تصدق بالفضل، إلا إذا أصلح في الدار شيئاً أو ضم إليها شيئاً آخر وآجرهما معاً.. فيصرف الزيادة إلى شيء آخر.

أو آجرها بخلاف جنس ما استأجر به أولاً أو جصّصها، ثم أجر بالزيادة.. فحينئذٍ تطيب له الزيادة في هذه الصور.

بخلاف ما إذا كنس الدار، ثم أجرها بالزيادة؛ حيث لا تطيب له الزيادة، إلا إذا قال: على أن اكنس الدار.

استأجر منزلاً من دار، وفيها سكان، فأدخله الدار وخلى بينه وبين المنزل، ثم قال بعد مدة: حال بيني وبين المنزل فلان.. يحكَّم الحال:

إن فيها فلان.. لا يلزم الأجر.

وإن فيها المستأجر.. يلزم بشهادة الظاهر.

وإن خالياً.. يجب أيضاً؛ لوجود التخلية.

أجره داراً شهراً وسكن المالك فيها معه، وقال المستأجر: لا أعطيك الأجرة؛ لعدم التخلية.. فعليه الأجر بحساب ما في يده؛ لأنه استوفى بعض المعقود عليه.

استأجر حانوتاً على بابه دكان على الطريق مع الدكان، فمنع من الترفق بالدكان.. سقط حصة الدكان، ولا تفسد هذه الإجارة؛ لأنه موقوف على إذن السلطان.

واستئجارِ الأَرْضِ للزَّرْعِ إِنْ بيَّن مَا يزرعُ، أَو قَالَ: على أَنْ يزرعَ مَا شَاءَ.

وللبناءِ وَالْغَرْسِ.

وَإِذا انْقَضتْ الْمدَّةُ.. لزمَهُ أَن يقلَعهُما ....

ساحة بين يدي حانوت الرجل في الشارع، فأجرها الرجل وأخذ الأجرة.. فاختلفوا فيه:

فقال في «المحيط»: إن هذه الأجرة للعاقد.

وقال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كان ثمة بناء حتى يصير المؤجر غاصباً عندهما.

وقال في «البزازية»: والصحيح عندي: هو الأول؛ لأن عندهما وإن لم يتحقق الغصب في حق الضمان.. يتحقق في حق غيره؛ كلزوم الرد والإثم، فكذا في حق استحقاق الأجر.

(و) صح (**استئجار الأرض**):

(**للزرع إن بين ما يزرع**)؛ لأن الزراعة منفعة مقصودة، فتصلح للاستئجار.

وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة؛ لأنها قد تستأجر لغيرها أيضاً، فلا بد من البيان؛ نفياً للجهالة.

ولا بد من بيان ما يزرع فيها أيضاً؛ لأنه متفاوت في الضرر بالأرض.. فلا بد من التعيين؛ قطعاً للمنازعة.

(**أو قال: على أن يزرع ما شاء**).

(**وللبناء والغرس**)؛ لأنه لما فوض الاختيار إليه.. اندفعت الجهالة المفضية إلى النزاع.

ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع إلا بها، فيدخلان في إطلاقه.

بخلاف البيع؛ فإن المقصود منه مقصودة [٤٩١/أ] بالأراضي، فيصح العقد لها.

(**وإذا انقضت المدة.. لزمه**)؛ أي: المستأجر (**أن يقلعهما**)؛ أي: البناء والغرس.

ويسلِّمَها فارغةً.

إِلّا أَنْ يغرمَ المؤجرُ قيمَةَ ذَلِكَ مقلوعاً برضى صَاحبِهِ.

وَإِن كَانَتِ الأَرْضُ تنقُصُ بقلعِهِ.. فبدونِ رِضَاهُ أَيْضاً.

أو يرضيا بِتَرْكِهِ.. فَيكونُ الْبناءُ وَالْغَرْسُ لهَذَا، وَالْأَرْضُ لهَذَا.

والرطبةُ كالشَّجرِ.

وَالزَّرْعُ يتْرَكُ بِأَجْرِ الْمثلِ إِلَى أنْ يدْرِكَ.

(ويسلمها)؛ أي: الأرض (فارغة)؛ لأنهما لا نهاية لهما؛ ففي إبقائهما: ضرر لصاحب الأرض.

(**إلا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك**)؛ أي: البناء والغرس (**مقلوعاً برضى صاحبه**)؛ أي: صاحب البناء والغراس إن لم تكن الأرض تنقص بقلعهما.

(**وإن كانت الأرض تنقص بقلعه**)؛ أي: بقلع كل منهما (.. **فبدون رضاه أيضاً**)؛ أي: يغرم قيمته بدون رضى صاحبه، كما يغرم برضاه.

(**أو يرضيا بتركه**) على الأرض، (**فيكون البناء والغرس لهذا، والأرض لهذا**)؛ أي: لصاحبهما.

(**والرطبة كالشجر**)؛ لأن لها عروقاً في الأرض وبقاء عليها؛ كالشجر.. فكان حكمها كحكمه.

(**والزرع يترك**) بعد انقضاء المدة ولم يحصد (**بأجر المثل إلى أن يدرك**)؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن فيه رعاية الجانبين، وذلك بأجر المثل، فيصير إليه.

ومما يتعلق بإجارة الأرض: ما ذكر في «الفتاوى»: رجل استأجر أرضاً ليزرعها، فزرعها، فأصاب الزرع آفة فهلك، أو غرقت الأرض ولم تنبت.. فعليه الأجر تاماً.

ولو غرقت قبل أن يزرعها.. فلا أجر عليه؛ لعدم استيفاء المعقود عليه، هكذا ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» من غير تفصيل.

ثم ذكرا عن «المحيط» تفصيلاً وقالا: قال في «المحيط»: والفتوى: على أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع، إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله أودونه في الضرر بالأرض.

وقالا: وكذا لو منعها غاصب عن الزراعة؛ بناء على إمكان الزراعة وعدمه؛ يعني: إن أمكن الزراعة بعد الغصب.. يجب الأجر، وإلا.. فلا.

ولو قبض الأرض ولم يزرعها حتى مضت السنة.. يجب تمام الأجر.

استأجر أرضاً ليزرعها، فزرعها، فلم يجد الماء ليسقيها، فيبس الزرع يسقط الأجر منه؛ سواء استأجر بشربها أو بغير شربها.

كما لو استأجر الرحى وانقطع ماؤه.

وكذا: لو خرب النهر الأعظم ولم يقدر على سقيها.. يسقط الأجر.

وكذا: لو كانت الأرض تسقى بماء المطر وماء الأرض، فانقطع ماء المطر.. يسقط الأجر؛ لعدم الانتفاع بها بدون ماء المطر.

ولو استأجر من أرض الجبل فزرعها، فلم تمطر ولم تنبت حتى مضت السنة، ثم مطرت ونبت.. فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض، ولا قيمة نقصانها؛ لأن الزرع لم يكن غصباً.

وهل تطيب للمستأجر زيادة الزرع؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: أنه يتصدق بالفضل.

وإن قال رب الأرض: أنا [٤٩١/ب] أقلعه.. له ذلك.

ولو استأجر أرضاً ليزرعها، فزرعها، فقل ماؤها أو انقطع.. فله أن يخاصمه، حتى يفسخ القاضي العقد بينهما، وبعدما فسخ يترك الحاكم الأرض في يده بأجر مثلها إلى أن يدرك الزرع؛ فإن سقى زرعه.. كان ذلك رضاء، وليس له أن ينقض الإجارة.

واستئجارُ الدَّابَّةِ للرُّكُوبِ وَالْحملِ، وَالثَّوْبِ لِلُّبْسَ؛ فإِنْ أطلقَ.. ....

ولو استأجر أرضاً سنة يزرعها غلة واحدة قد سماها بعينها، فزرع تلك الغلة؛ فلما نبتت أصاب الزرع آفة فأفسدته وهي في وقت لا يستطيع أن يعيد تلك الزراعة بعينها، فأرادِ أن يزرع غير ما سمى مما هو دونه في الضرر على الأرض أو مثله.. له أن يفعل ذلك وإن كان من غير أمر صاحبه.

وإن كان ما زرع أضر على الأرض.. لم يكن له ذلك، ويرد الأرض على الآجر، وعليه الأجر بقدر ما أنبتت في يده.

وبيان أحكام إجارة الأرض المغصوبة سيأتي في كتاب الغصب.

(و) صح (استئجار الدابة للركوب والحمل)؛ لأنهما منفعة مقصودة معهودة في الدابة، وعلفها على المؤجر لا على المستأجر، حتى لو شرط على المستأجر.. فسدت الإجارة.

ولو تركها المستأجر بلا علف وماتت جوعاً.. لم يضمن، كما في «البزازية».

بخلاف إجارة العبد.. فإن طعامه على المستأجر.

وبخلاف استئجار المكاتب.. فالأجر عليه لا على المستأجر، كذا في «الأشباه».

(و) صح استئجار (الثوب للبس)؛ لأنه منفعة مقصودة في الثوب.

(فإن أطلق)؛ أي: الركوب واللبس، وذلك بأن قال: استأجرت على أن أُركب من أشاء، أو أحمل ما أشاء، أو أُلبس من أشاء.

وهو: المراد بالإطلاق ههنا، لا أن يقول: استأجرت للركوب أو للحمل أو للبس ولم يزد عليه.. فإن العقد في هذه الصورة فاسد.

تفصيله: أنه إذا استأجر دابة أو ثوباً:

فإما أن يقول عند العقد: استأجرت للركوب أو للحمل أو للبس ولم يزد عليه لفظاً آخر.

فَلَهُ أَن يُرْكِبَ، ويُلْبِسَ من شَاءَ.

فَإِذا رَكِبَ أَو لَبِسَ هُوَ، أَو أَركبَ أَو أَلبَس غَيره.. تعيّنَ، فَلَا يَسْتَعْمِلُهُ غَيرُه.

وَإِن قيّد بِرَاكِبٍ أَو لابِسٍ فَخَالف.. ضَمِنَ.

أو زاد فقال: استأجرت على أن أُركب من أشاء أو أحمل ما أشاء أو أُلبس من أشاء.

أو قال: استأجرت على أن أركب فلاناً أو أحمل الشيء الفلاني أو ألبس فلاناً.

فهذه ثلاثة أوجه.

فإن كان الأول: فالعقد فاسد؛ لأنه مما يختلف اختلافاً فاحشاً؛ فإن أركب أو ألبس شخصاً ومضت المدة.. فالقياس؛ أن يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد، فلا ينقلب جائزاً.

وفي الاستحسان: يجب المسمى وينقلب جائزاً، إلا أن الفساد كان للجهالة، وقد ارتفعت حالة الاستعمال؛ فكأنها ارتفعت من الابتداء [٤٩٢/أ]؛ لأنها عقد ينعقد ساعة فساعة، وكل جزء منه ابتداء، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء.. صح العقد، فكذا ههنا. كذا في «العناية».

وإن كان الثاني والثالث: صح العقد، ويجب المسمى.

فإذا كان المراد بالإطلاق ما ذكرناه؛ فإذا أطلق العاقد عند العقد بهذا المعنى (.. **فله أن يركب ويلبس من شاء**) عملاً بإطلاقه، وله أن يحمل ما شاء.

أيضاً: في الاستئجار للحمل: يجب عليه المسمى.

(**فإذا ركب أو لبس هو**)؛ أي: المستأجر، (**أو أركب أو ألبس غيره.. تعين**) مراداً من الأصل، فصار كأنه نص عليه.

(**فلا يستعمله غيره**)؛ لأنه خلاف النص المذكور، حتى لو استعمله غيره.. ضمن بالهلاك.

(**وإن قيد براكب أو لابس**) معينين (**فخالف.. ضمن**)؛ لأن التقييد بالمعين مفيد؛

وَكَذَا كلُّ مَا يخْتَلَفُ باخْتلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ.

وَمَا لَا يخْتَلَف بِهِ.. فتقييدُهُ هدْرٌ.

فَلَو شَرطَ سُكْنى وَاحِدٍ.. جَازَ أَنْ يُسكنَ غَيرَهُ.

وَإِن سمَّى مَا يُحمَلُ على الدَّابَّةِ نوعاً وَقدراً ككُرِّ بُرٍّ.. فَلهُ حملُ مثلِهِ، أَو أخفَّ؛ كالشَّعيرِ والسِّمْسِمِ، ....

لتفاوت الناسِ في الركوب واللبس، والأشياءِ في الحمل.. فيعتبر؛ فبالخلاف منه صار متعدياً.. فيضمن.

(وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل)؛ أي: يضمن بالخلاف إذا كان مقيداً كالفسطاط، حتى لو استأجره وقيده بإسكان فلان، فدفعه إلى غيره إجارة أو إعارة، فنصبه وسكن فيه.. ضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب أوتاره.

وعند محمد: لا يضمن؛ لأنه للسكنى، فصار مثل الدار.

(وما لا يختلف به)؛ أي: باختلاف المستعمل (.. فتقييده)؛ أي: تقييد المؤجر بشخص: (هدر)؛ لعدم التفاوت، فلا يفيد التقييد.

فإذا كان هدراً؛ (فلو شرط سكنى واحد) بعينه (.. جاز أن يُسكن) من الإسكان (غيره)؛ لأن التقييد غير مفيد؛ لعدم التفاوت في السكنى.

وما كان يضر البناء من إسكان الحداد والقصار والطحان: خارج على ما تقدم.

(وإن سمى) المستأجر (ما يحمل على الدابة نوعاً وقدراً؛ ككر بر)؛ أي: بعينه.

الأول: لبيان النوع.

والثاني: لبيان القدر.

(.. فله حمل مثله) في الضرر؛ ككر بر آخر، (أو أخف) منه ضرراً؛ (كالشعير والسمسم)؛ فإنهما إذا كانا كسراً.. يكون أخف من كر بر، فيكون أقل ضرراً.

لَا مَا هُوَ أَضرُّ كالملحِ.

وإِنْ سمَّى قَدْراً مِنَ الْقُطنِ.. فَلَيْسَ لَهُ أَن يحملَ مثلَ وَزنِهِ حَديداً.

وإِنْ زَادَ على مَا سمَّى، فعطبتْ.. ضَمِنَ قدرَ الزِّيَادَةِ إِنْ كَانَت تطِيقُ مَا حَمّلَهَا، وإِلّا.. فَكلّ الْقيمَةِ.

(لا ما هو أضر؛ كالملح) إذا كان مثل البر كيلاً؛ فإنه أثقل.. فيكون أكثر ضرراً.

(وإن سمى قدراً من القطن.. فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً)؛ لأنه ربما كان أضر على الدابة؛ لاجتماعه في موضع واحد من الظهر، بخلاف القطن؛ فإنه ينبسط عليه.

(وإن زاد على ما سمى) من البر والقطن، (فعطبت) الدابة (.. ضمن قدر الزيادة إن كانت) الدابة (تطيق ما حملها)؛ لأنها حينئذ هلكت بما هو مأذون فيه، وغير مأذون فيه، وسبب الهلاك: الثقل، فانقسم عليهما.

(وإلا)؛ أي: وإن لم تطق [٤٩٢/ب] ما حملها (.. فكل القيمة)؛ أي: ضمن كل القيمة؛ لعدم إذنه فيها أصلاً؛ لأنها خارجة عن العادة؛ كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى.. فإنه حينئذ يضمن جميع قيمتها؛ لعدم الإذن.

فإن قيل: إذا استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختوماً منها، فهلك.. ضمن جميع القيمة، مع أن الزيادة من جنس المسمى، ويطيق به الثور.

أجيب: بأن الطحن يكون شيئاً فشيئاً؛ فإذا طحن العشرة المسماة.. انتهى الإذن، فبعد ذلك: هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن.. فيضمن الجميع.

وأما الحمل: فيكون جملة واحدة، فهو مأذون في بعض دون بعض، فيوزع الضمان على ذلك.

ولنذكر بعض ما يتعلق بضمان المكاري:

قال في «الخلاصة»: لو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم، فجعل في

جوالق عشرين مختوماً، وأمر رب الدابة بوضعه عليها ففعل.. لا ضمان على المستكري؛ لأن صاحب الدابة هو الواضع.

ولو حملاها جميعاً.. ضمن ربع القيمة؛ لأن النصف مأذون، والنصف الآخر بغير إذن، وهما حملاه.. فضمن نصف هذا النصف.

ولو كان الحمل عدِلين، حمل كل واحد منهما عدلاً، فوضعا جميعاً.. لم يضمن.

وكذا لو حمل المستأجر أولاً؛ لأن رب الدابة حامل للزيادة.

وإن حمل رب الدابة أولاً، ثم المستأجر.. ضمن نصف قيمة الدابة.

ولو تكارى دابة ليحمل عليها شعيراً كيلاً معلوماً، فحمل عليها براً مثل كيله.. ضمن قيمتها.

وإن حمل عليها مثل نصف ذلك من البر.. قال الإمام السرخسي: يضمن.

وقال الإمام خواهرزاده: لا يضمن استحساناً.

قال الصدر الشهيد: هو الأصح.

ولو زاد وبلغ المكان، ثم ضاع.. ضمن بقدر الزيادة؛ لأنه صار غاصباً.. فلا يبرأ إلا بالرد إلى المالك.

وفي «فتاوى قاضي خان»: لو استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً سماه، فحمل عليها غيره.. فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إن حمل عليها من جنس المسمى، إلا أنه خالف المشروط؛ بأن استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من غير تلك الحنطة إذا حمل عليها حنطة رجل آخر.. لا يكون مخالفاً.

والثاني: إن خالف في الجنس؛ بأن استأجر ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير:

في القياس: يكون مخالفاً ضامناً.

وفي الاستحسان: لا يكون؛ لأن المعتبر هو الضرر، ولا ضرر ههنا؛ لأن مثل ذلك من الشعير.. يكون أخف على الدابة: فإن سلمت الدابة.. يجب المسمى، أو عطبت من ذلك.. يضمن قيمتها، ولا يجب الأجر [٤٩٣/أ]؛ فعلى هذا: يكون ما ذكره المصنف استحساناً.

والثالث: إن خالف إلى ما هو أضر بالدابة؛ بأن استأجر لحمل الحنطة، فحمل عليها حديداً أو آجراً أو قطناً أو حطباً مثل وزن الحنطة، فعطبت.. يضمن قيمتها.

فإن سلمت.. لا يجب الأجر. انتهى.

وفي «الخلاصة» أيضاً: لو سمى من الحنطة وزناً معلوماً، فحمل على الدابة من الشعير مثل ذلك الوزن وعطبت الدابة.. يضمن قيمتها.

ولو استأجرها ليحمل عليها شعيراً، فحمل عليها في إحدى الجولقين شعيراً، وفي الآخر حنطة، فعطبت الدابة.. يضمن نصف قيمتها، وعليه نصف أجرها؛ لأنه في النصف موافق، وفي النصف مخالف.

استأجر دابة ليحمل عليها. فله أن يركبها.

وإن استأجرها ليركبها.. ليس له أن يحمل عليها، ولو حمل عليها.. لا أجر عليه؛ لأن الركوب يسمى حملاً، ويقال: ركب فلان وحمل معه غيره، ولا يسمى الحمل ركوباً أصلاً.

استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها عشرين منها، فسلمت.. فعليه الأجر تاماً.

فإن عطبت بعدما بلغت.. فعليه نصف قيمتها والأجر تام.

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف إذا استأجرها لحمل معلوم فساقها رب الدابة، فعثرت الدابة، فسقطت الحمولة، وفسدت، وصاحب المتاع يمشي مع رب

الدابة أو ليس معه.. فالمكاري ضامن.

استأجرها ليحمل عليه زيتاً أو متاعاً، فحمله، فركب هو والمكاري، فتلف المتاع.. لا ضمان على المكاري؛ لأنه لم يخلِّ بينه وبين المتاع.

وكذلك لو كانا يقودان البغل ويسوقانه.

ولو انقطع حبله فسقط الحمل.. ضمن بالاتفاق.

أما لو أصابته الشمس أو المطر ففسد الحمل، أو سرق الحمل من ظهر الدابة.. لا يضمن عنده.

وعندهما: يضمن.

ولو حمل عليها عبداً، فساق رب الدابة، فعثرت، وعطب العبد.. لا يضمن؛ لأن العبد في يد نفسه.

بخلاف المتاع.

وكذا لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها، فساقها رب الدابة فعثرت، فعطب الرجل أو فسد المتاع.. لم يضمن صاحب الدابة.

ولو كان العبد لا يستمسك.. ضمن؛ كما في الثوب والبهيمة إذا هلكت بسوقه.

المستأجر إذا ركب الدابة وقد لبس من الثياب أكثر مما عليه حين استأجرها؛ إن لبس مثل يلبس الناس.. لا يضمن، وإن لبس ما لا يلبس الناس.. يضمن بقدر ما زاد.

استأجر حماراً ليحمل عليه وِقر حنطة إلى المصر، فحمله عليه وبلغ موضعه، فلما انصرف.. حمل عليه قفيز ملح، مرض الحمار [٤٩٣/ب] ومات.. فعليه الضمان؛ لأنه فعل ذلك بغير إذن مالكه.

بخلاف ما إذا ركب في حال رجوعه؛ حيث لا يضمن وإن كان بغير إذن المالك؛ لأن ذلك متعارف.

قال القاضي الإمام: يضمن بالركوب أيضاً؛ كما في الدابة المستعارة إذا ركب في حالة الرد.

إذا استأجرها ليحمل عليها إنساناً بأجر معلوم، فحمل عليها امرأة ثقيلة، فعطبت؛ فإن كانت الدابة تطيق حملها.. لا ضمان، وعليه الأجر استحساناً.

وإلا.. يكون ضامناً.

استأجر حماراً ليحمل عليه اثني عشر وقراً من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لَبِن فكلما عاد من أرضه يحمل عليه وقراً من لَبِن؛ فإن هلك الحمار في الرجوع.. يضمن قيمة الحمار دون الأجر، وإن سلم الحمار حتى تم العمل.. فعلى المستأجر تمام الدرهم: في كل وقر من التراب: نصف دانق.

كما إذا استكرى دابة لمسير فرسخ، فسار سبعة فراسخ.. فعليه من الكراء مقدار ما شرط، وفيما زاد: هو غاصب.

استأجر حماراً فضلّ، فتركه ولم يطلبه حتى ضاع؛ إن ذهب الحمار من حيث لا يشعر به وهو حافظ.. لا ضمان عليه في تركه الطلب.

فإن علم فطلبه ولم يظفر به.. فلا ضمان عليه.

وكذا: لا ضمان عليه في ترك الطلب إذا كان آيساً من وجوده لو طلبه بالقرب في حوالي الموضع الذي ذهب.

ولو أوقف الحمار وشرع في الصلاة فذهب الحمار وهو يراه ولم يقطع الصلاة.. يضمن وإن كان في الفرض؛ لأن الحفظ واجب عليه وهو قادر على ذلك.

وكذا لو كان في بول أو غائط أو حديث مع غيره فذهب الحمار؛ إن توارى عن بصره وضاع.. ضمن.

البقار لا يكون تاركاً للحفظ ما لم يغب البقر عن بصره وإن كان نائماً.

وإن غاب عن بصره.. يكون تاركاً للحفظ. كذا ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» مطلقاً.

ثم ذكرا عن «الصغرى»: أنه إذا نام قاعداً.. لا يكون تاركاً للحفظ، وإن نام مضطجعاً.. يكون تاركاً للحفظ.

وإذا اشتغل بعمل آخر وضل الحمار.. يضمن.

إذا جاء إلى الخباز ليشتري الخبز، وترك الحمار؛ إن كان غاب عن بصره.. يضمن.

وإن لم يغب.. لا يضمن.

والتقييد بالبصر: في النهار والليل سواء.

ولو ربط الحمار على آري[1] في سكة نافذة، ولا منزل له فيها، ولا لقريبه؛ إن كان استأجره لركوب نفسه.. يضمن إن ضاع.

وإن استأجره مطلقاً بلا بيان الراكب وهنا رجال نيام ليسوا في عيال المستأجر، ولا من أجرائه؛ إن لم يستحفظهم.. ضمن إن ضاع، أو إن استحفظهم أو بعضهم [٤٩٤/أ] وقبلوا منه والغالب ثمة أن نوم الحافظ ليس بإضاعة.. لا يضمن.

وإن كان نوم الحافظ يعد إضاعة.. ضمن.

ترك الحمار على الباب، ودخل المنزل ليأخذ خشب الحمار، وضاع؛ إن لم يغب عن بصره.. لا ضمان، وإن غاب:

إن كان موضعاً لا يعد تضييعاً كما كانت السكة غير نافذة أو في بعض القرى.. لا يضمن.

وإن عد تضييعاً.. ضمن.

---

(١) الآري: المعلف. «مصباح».

ربط الحمار على بابه، ودخل الدار ليأخذ شيئاً، أو المسجد ليصلي.. فهذا وترك الربط: سواء؛ فيضمن في المختار.

استأجر دابة أياماً معلومة ليركبها في المصر، فانقضت المدة، فأمسكها في بيته ولم يجئ صاحبها ليأخذها، فعطبت.. لا ضمان عليه؛ لأن مؤنة الرد على الآجر.

قالوا: هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال؛ أما إذا كان الإخراج بغير إذن رب المال.. فمؤنة الرد على الذي أخرج؛ مستعيراً كان أو مستأجراً.

رجل استأجر دابة إلى موضع، فأخبر أن في الطريق لصوصاً، فلم يلتفت، وذهب، فأخذ اللصوص الدابة؛ إن كان الناس يسلكون الطريق بدوابهم مع الخبر.. لا يضمن، وإن كانوا لا يسلكون.. ضمن.

رجل استأجر رجلاً ودفع إليه حماراً وخمسين درهماً ليذهب به إلى بلد كذا، ويشتري شيئاً للتجارة، فذهب المأمور، فأخذ السلطان حمر القافلة، فذهب البعض، ولم يذهب البعض ولا الأجير، ومن الذين ذهبوا في طلب الحمار: بعضهم استردوا، وبعضهم لا؛ فإن كان الذين استردوا لم يكونوا يلومون على الذين لم يذهبوا لما فيه من تحمل المشقة.. لا يضمن الأجير، وإن كانوا يلومونهم.. يضمن الأجير.

وإن استقبلهم اللصوص، فطرح المكاري الكرباس، وذهب بحماره، فأخذ اللصوص الكرباس.. لا يضمن المكاري إن كان يعلم أنه لا يتمكن التخلص عنهم بالحمار والكرباس، ويعلم أنه لو حمله.. أخذوا الحمار والكرباس.

استأجر حماراً ليحمل عليه الشوك، فأدخله في سكة فيها نهر، فبلغ موضعاً ضيقاً، فضرب الحمار، فوقع الحمار مع الحمل في النهر، فاشتغل المستأجر بقطع الحبل، فهلك الحمار؛ إن كان بحال لا يسع فيه بمثل ذلك الحمل.. فهو ضامن.

وإن كان الحمار يقدر على مجاوزته عن مثل ذلك الموضع مع ذلك الحمل؛ فإن عنف عليه في الضرب حتى وثب من ضربه.. فهو ضامن، وإلا.. فلا.

وَفِي الإِردافِ: يضمنُ النّصْفَ، ....

وكذا لو وقع في النهر بعنفه في السوق.. يضمن. الكل في «الفتاوى» من «قاضي خان» [٤٩٤/ب] و«الخلاصة» و«البزازية».

وذكر في «العمادي»: أنه إذا دفع حملاً إلى مكار ليحمله إلى موضع كذا، وشرط عليه أن يسير ليلاً، وصاحب الحمل معه يسيران ليلاً، فضاعت الدابة مع الحمل؛ إن كان المكاري ضيع بترك الحفظ.. ضمن، وإن كانت ضاعت من غير تضييعه.. لم يضمن عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وينبغي أن لا يضمن إذا كان رب الدابة يسير معه بلا خلاف.

وفي «قاضي خان»: لو استأجر مرّاً من رجل، وجعله في الطين، ثم صرف وجهه عن الطين، ولم يبرح مكانه ودعى أجيره، ثم نظر إلى المر، فلم يجده.. قالوا: إن كان تحويل وجهه عن المر قليلاً لا يعد ذلك تضييعاً عند الناس.. لا يضمن.

وإن كان طويلاً يعد تضييعاً عند الناس.. ضمن. انتهى.

فعلم منه: أن المستأجر لو ترك المستأجر ولم يحفظه على خلاف العادة، وضل وضاع.. ضمن.

(وفي الإرداف: يضمن النصف).

قال في «الزيلعي»: تقييده بالإرداف: احتراز عما إذا حمله الراكب على عاتقه؛ فإنه حينئذ: يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب حينئذ مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد، فيكون أشق على الدابة.. فيضمن جميع القيمة وإن كانت الدابة تطيق حملها. هكذا ذكره نقلاً عن «النهاية».

ثم قال: ذكر في «المختصر»: أنه يضمن نصف القيمة في الإرداف.

ولم يذكر كم يجب عليه من الأجر إذا هلكت بعدما بلغت به مقصده؟

قالوا: يجب عليه كل الأجر ونصف القيمة، ثم للمالك الخيار؛ إن شاء.. ضمن الرديف، وإن شاء.. ضمن الراكب، والراكب لا يرجع بما ضمن، والرديف يرجع إن

وَلَا عِبْرَةَ بالثِّقَلِ.

كان مستأجراً، وإن كان مستعيراً.. لا يرجع. انتهى.

هكذا ذكره في «الخلاصة».

وعلل لزوم الأجر كاملاً: بأنه استوفى المنفعة.

وعلل لزوم الضمان: بأنها تلفت بركوب اثنين أحدهما غير مأذون؛ فيضمن النصف.

وفي التقييد بالإرداف: احتراز أيضاً عما إذا استأجرها ليركب هو بنفسه ولم يركب هو، بل أركب غيره.. فإنه حينئذ يضمن كل القيمة إن عطبت الدابة من ركوب الغير.

ووجه الفرق بينهما: أن في إركاب غيره منفرداً: مخالفة من كل وجه.. فيضمن كل القيمة.

وفي الإرداف: مأذون من وجه دون وجه.. فيضمن النصف.

(ولا عبرة بالثقل)؛ لأن الدابة قد يثقل عليها الراكب الخفيف، ويخف عليها الراكب الثقيل؛ لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون.. فلا يمكن معرفته بالوزن: فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات؛ حيث إذا جرح رجل رجلاً جراحة [٤٩٥/أ] واحدة، والآخر عشر جراحات خطأ، فمات منها.. فالدية بينهما نصفان؛ باعتبار عدد الجاني.

ثم هذا فيما إذا كان تعليق الدابة.

وإلا.. فبالتلف بالإرداف يضمن كل القيمة.

بخلاف ما إذا ركب وحمله على عاتقه... فإنه حينئذ يضمن كل القيمة لو عطبت ولو كانت تطيق على ما تقدم آنفاً.

وفي إطلاقه: إشارة إلى أنه يضمن النصف؛ سواء كان الرديف رجلاً أو صبياً، قادراً للاستمساك بنفسه على الدابة أو لم يقدر؛ لكن قالوا: إذا أردف صبياً لا

وإِنْ كبحَها أَو ضربَهَا فعطبَتْ.. ضَمنَ، خلافاً لَهما فِيمَا هُوَ مُعْتَادٌ.

يستمسك على الدابة بنفسه.. يضمن بقدر ثقله؛ لأنه بمنزلة حمل المتاع. كذا في «الخلاصة».

(وإن كبحها)؛ أي: جذبها بلجامها لتقف ولا تجري، (أو ضربها فعطبت.. ضمن) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما فيما هو معتاد)؛ لأن المتعارف من الكبح والضرب: داخل تحت مطلق العقد، فيكون مأذوناً فيه.

ولأبي حنيفة: سلمنا أنه حاصل بالإذن، لكن الإذن مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها، وههنا: ممكن؛ إذ يتحقق السوق بدون الضرب، وإنما يضرب للمبالغة، فصار كالمرور في الطريق وضرب الزوجة، بخلاف ضرب القاضي للحد أو التعزير وفصد الفصّاد؛ حيث لا يضمن إذا هلك بها؛ لأن الحد والتعزير: واجب عليه.

وكذا الفصد بعقد الإجارة، ولا ضمان مع الوجوب.

وهذا: بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر؛ حيث يضمن بالاتفاق؛ لأنه يؤمر وينهى لفهمه.. فلا ضرورة إلى الضرب.

وعلى هذا الخلاف: ضرب الأبِ أو الوصيِّ الصغيرَ إذا لم يتجاوز المعتاد للتأديب، حتى يجب الدية والكفارة عنده.

ولا تجب عندهما؛ لأن الضرب لإصلاح الصغير.. فكان معيناً له، فلا تجب الدية، كما لا يجب إذا ضربه المعلم بإذن الأب.

ولأبي حنيفة: أن الأب يضربه لمنفعة نفسه، بخلاف المعلم؛ فإنه يضربه إعانة للأب، والمعين لا ضمان عليه.

وإِنْ تجَاوزَ بهَا مَكَاناً سَمَّاهُ.. ضَمِنَ.
وَلَا يبرأُ بردِّهَا إِلَى مَا سَمَّاهُ وَإِن اسْتَأْجرَهَا ذَهَاباً وإِياباً فِي الْأَصَحِّ.

(وإن تجاوز بها)؛ أي: بالدابة المستأجرة (مكاناً سماه) للركوب أو للحمل (.. ضمن) قيمتها؛ لأن بالتعدي صار غاصباً؛ كما لو عين طريقاً فسلك غيره، ما لم يسلكه الناس، على ما سيأتي.

(ولا يبرأ) عن الضمان (بردها إلى ما سماه) من المكان (وإن) وصلية (استأجرها ذهاباً وإياباً في الأصح).

قال الإمام قاضي خان في تحرير هذه المسألة: رجل استأجر دابة للركوب إلى الكوفة، فجاوز بها عن الكوفة مقدار ما لا يسمح فيه الناس، ركب في تلك الزيادة أو لم يركب وردها إلى الكوفة.. كان عليه الأجر إلى الكوفة، فتكون الدابة مضمونة عليه [٤٩٥/ب]، ما لم يردها إلى صاحبها، حتى لو هلكت في طريق الكوفة.. يضمن قيمتها، ولا يسقط عنه شيء من الأجر، وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول صاحبيه.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: إذا ردها إلى الكوفة.. برأ عن الضمان، ثم رجع وقال: لا يبرأ عن الضمان بإزالة التعدي.

وكذا الخلاف في المستعير إذا جاوز، ثم عاد إلى ذلك المكان.

بخلاف المودع إذا جاوز، ثم عاد إلى الوفاق.. فإنه يبرأ عن الضمان.

وقال بعضهم: برئ الكل عن الضمان بإزالة التعدي.

وقال بعضهم: إذا استأجرها جائياً وذاهباً.. برئ، وكذا المستعير.

وإن استأجرها ذاهباً لا جائياً.. لا يبرأ على كل حال، إلا المودع. انتهى.

فحاصل الأقوال إلى ثلاثة:

أحدها: أن المستأجر والمستعير لا يبرأ عن الضمان بإزالة التعدي، والعود إلى الوفاق على القول المرجوع إليه، ويبرأ المودع.

وإِنْ نزعَ سرجَ الْحِمارِ وأَسرجه بِمَا يُسرَجُ بِهِ مثْلهُ.. لَا يضمنُ.

والفرق بينهما: أن المودع مأمور بالحفظ قصداً فبعد العود إلى الوفاق.. بقي الأمر بالحفظ، فحصل الرد إلى نائب المالك؛ لأن المودع نائبه.

بخلاف الإجارة والإعارة؛ لأن الحفظ فيهما مأمور به تبعاً للاستعمال المقصود أصالة؛ فإذا انقطع الاستعمال بالوصول إلى المكان المسمى.. لم يبق هو نائباً عن المالك.. فلا يبرأ بالعود إلى الوفاق؛ إذ لم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه.

والثاني: عدم الفرق بين المستأجر والمستعير والمودع في البراءة عن الضمان عند إزالة التعدي.

وفي «الخلاصة»: وهذا ليس بصحيح، بل الصحيح: الفرق بينهما وبين المودع.

والثالث: أنه استأجر أو استعار جائياً وذاهباً.. برئ، وإن ذاهباً لا جائياً.. لا يبرأ، ويبرأ في الوديعة.

واختار في «الهداية»: ما ذكره المصنف من عدم البراءة بإزالة التعدي، وقال: وهذا أصح.

واعترض عليه: بأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب.. برئ عن الضمان، مع أنه لم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه؛ كما في المستأجر والمستعير.

وأجيب: بأن الرد على أحدهما: يوجب البراءة البتة، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما، لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر، وهو الرد إلى من لم يرتفع بالرد عليه ضمانة من قبل، وغاصب الغاصب: كذلك؛ فإنه بالرد عليه.. لا يبرأ عن الضمان الأول.

(**وإن نزع سرج الحمار وأسرجه بما يسرج به مثله.. لا يضمن**)؛ لأن الإذن الأول حينئذ قد تناوله العقد.

وإِنْ أسرَجهُ أَو أَوكفَهُ بِمَا لَا يُسرَجُ أَو لَا يُوكَفُ بِهِ مثلُهُ.. ضَمِنَ.
وَكَذَا إِن أَوكَفَهُ بِمَا يُوكَفُ بِهِ مثلُهُ.

(وإن أسرجه أو أوكفه بما لا يسرج أو يوكف) عطف على: «لا يسرج» [٤٩٦/أ] لا على: «يسرج».

والجار في قوله: (به) متعلق: بكل من يسرج ويوكف؛ يعني: لو استأجرها بسرج فأوكفها بإكاف يوكف مثلها، أو بسرج لا يسرج (مثله) فهلكت (.. ضمن)؛ لأنه حينئذ لم يتناول العقد الإذن به.

(وكذا إن أوكفه بما يوكف به مثله).

توضيحها: من اكترى حماراً بسرج.. فاستعماله به موافقة.

فإن نزع؛ فإما أن يستعمله بسرج آخر، أو إكاف.

وكل منهما على قسمين:

إما بسرج يسرج بمثله الحمار، أو لا.

وكذلك الإكاف.

فإن أسرج بذلك.. فلا ضمان عليه؛ لأنه لما كان مثله.. تناوله الإذن؛ إذ لا فائدة في التقييد بالعين، ولا يضمن إلا إذا كان زائداً في الوزن.. فحينئذٍ يضمن الزيادة إذا كان من جنس المسمى، وموضع واحد على الدابة في دفعة واحدة.

وإن أسرج بما لا يسرج به مثله؛ مثل أن يسرج بسرج البرذون.. ضمن القيمة كلها؛ لأنه لم يتناوله الإذن من جهته، فصار مخالفاً.

وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر.. يضمن؛ لما قلنا في السرج؛ من أنه لم يتناوله الإذن، بل هو أولى؛ لكونه من خلاف جنسه.

وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر.. ضمن عند أبي حنيفة.

ولم يبين مقدار المضمون؛ اتباعاً لصاحب «الهداية»، وهو رواية «الجامع الصغير»؛ لأنه لم يذكر فيه مقدار المضمون، بل قال: هو ضامن.

وَقَالا: يَضْمَنُ قدرَ مَا زَادَ وَزنُهُ على السَّرجِ فَقَط.

وذكر في كتاب الإجارات: يضمن بقدر ما زاد.

فاختلف المشايخ:

فقال بعضهم: ليس في المسألة روايتان، وإنما المطلق محمول على المقيد.

وقال بعضهم: فيها روايتان؛ في رواية الإجارات: يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية «الجامع الصغير»: يضمن جميع القيمة.

وقال شيخ الإسلام: وهذا أصح.

هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط**)، حتى لو كان وزن السرج منوين، ووزن الإكاف ستة أمناء.. يضمن ثلثي قيمتها؛ لأنه إذا كان الإكاف مما يوكف بمثله الحمر.. كان هو والسرج سواء، فيكون المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن.. فيضمن الزيادة؛ لعدم الإذن بها، فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه.

ووجه أبي حنيفة على رواية الإجارات: أن الإكاف ليس من جنس السرج؛ لأنه للحمل، والسرج للركوب، وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر، فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيراً.. فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة، فكان مخالفاً.

إنما قال: «قدر ما زاد وزنه» [٤٩٦/ب] اختياراً لقول بعض المشايخ.

ومنهم من قال: إنه يضمن عندهما قدر ما زاد مساحته مساحة السرج، حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر الشبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار.. يضمن نصف قيمتها؛ سواء تساويا في الوزن، أو لا.

هذا كله فيما لو استأجرها بسرج.

وإِنْ سلكَ الْحمّالُ طَرِيقاً غيرَ مَا عيَّنَهُ الْمَالِكُ مِمَّا يسلكُهُ النَّاسُ.. فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِنْ لم يتَفَاوَتِ الطَّريقان.

وَإِن تَفَاوتا، أَو كَانَ مِمَّا لَا يسلكُهُ النَّاسُ أَو حمله فِي الْبَحْرِ فَتلفَ.. ضَمِنَ.

وأما لو استأجرها بإكاف فأوكفها بإكاف مثله، أو أسرجها مكان الإكاف.. لا يضمن، على ما في «الخلاصة»؛ لأنه خلاف إلى خير.

ولو استأجرها عريانة فأسرجها وركبها.. ضمن.

قال مشايخنا: إن استأجرها من بلد إلى بلد.. لا يضمن؛ فإنه لا يمكنه الركوب حينئذ بدون السرج.

وإن استأجر ليركبها في المصر:

إن كان المستكري من الأشراف.. لا يضمن؛ لأنه لا يركبه بدون السرج.

وإن كان من العوام يركبون عرياناً.. يضمن.

ولو تكارى دابة ولم يذكر السرج والإكاف، وسلمها عريانة فركبها بهذا أو بهذا؛ إن كان مثله يركب بسرج.. يضمن إذا ركبها بإكاف، وإن كان يركب بكل واحد منهما.. لا يضمن إذا ركبها بهذا أو بهذا إن كان مثله. كذا في «الخلاصة»، نقلاً عن المشايخ.

قال: تأويله: إذا ركب من بلد إلى بلد.

ولو استأجرها بغير لجام فألجمها.. لا يضمن إذا ألجم بلجام لا يلجم مثلها.

(**وإن سلك الحمال طريقاً غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس.. فلا ضمان عليه إن لم يتفاوت الطريقان**) قرباً وبعداً، خوفاً وأمناً، اعوجاجاً واستقامة؛ لأن الإذن حينئذ يتناوله؛ لعدم الفائدة في التقييد بالمعين.

(**وإن تفاوتا**) بشيء مما ذكرناه، (**أو كان مما لا يسلكه الناس، أو حمله في البحر فتلف.. ضمن**)؛ لأن التقييد في الأولين: صحيح؛ لكونه مفيداً، وفي الثالث:

وإِنْ بلغَ.. فَلَهُ الْأجرُ.

أصح وأولى؛ لأن التفاوت بين البر والبحر فاحش، حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في البر دون البحر.

(وإن بلغ) الحمال المقصد (.. فله الأجر)؛ لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف معنىً.

ذكر في «العمادي» نقلاً عن «الأصل»: لو استأجر حمالاً ليحمل له دن خلّ، فعثر وانكسر، أو سقط من رأسه، أو زلق رجله وانكسر بعدما ينتهي إلى المقصد.. فله الأجر بلا ضمان عليه؛ لأنه حين انتهى إلى المكان المشروط.. لم يبق الحمل مضموناً عليه؛ إذ وجب له جميع الأجر، فصار الحمل مسلماً إلى صاحب الحمل، حتى لا يستحق الحبس بأجر، والمتولد من عمل غير مضمون.. لا يكون مضموناً.

وهذا: بخلاف القصار إذا قصر الثوب وهلك عنده.. لا يضمن الثوب، ولا يكون له الأجر؛ لأن حمل القصار إنما يقع لصاحب [٤٩٧/أ] الثوب إذا سلم الثوب إليه، ولم يوجد، ولا كذلك الحمال إذا هلك الدن في يده بعد الحمل والوصول إلى المقصد؛ لأن الحمل وقع مسلماً إلى صاحب الدن، ولهذا لا يملك حبسه بالأجر.

ولو انكسر في وسط الطريق من غير عمله؛ بأن أصابه حجر من مكان، أو وقع عليه حائط، أو كسره رجل وهو على رأسه.. فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يضمن إذا هلك بأمر يمكن الاحتراز عنه.

استأجر رجلاً ليحمل له طعاماً إلى مكان مسمى بدرهم، فحمله إليه، ثم رده إلى المكان الذي حمله منه.. سقط الأجر عنده، خلافاً لزفر، ويصير غاصباً؛ لأن يده قام مقام يد المستأجر في الحكم، فصار الطعام في الحكم مسلماً إلى رب الطعام إذا انتهى إلى ذلك المكان؛ فإذا ردّه منه.. صار غاصباً؛ كما لو سلمه إليه حقيقة.

ثم أخذه منه وذكر في «الذخيرة»: لو حمل متاعاً على حمال، وصاحب المتاع يمشي معه، فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد.. فهو ضامن؛ لأنه من جناية يده.

ولو استأجر حمالاً ليحمل له زقاً من سمن فحمله صاحبه والحمال [ليضعاه][(١)] على رأس الحمال، فوقع وتخرق الزق.. لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إليه السمن، ولا ضمان بدون التسليم إليه، كذا روي عن أبي يوسف ومحمد.

ولو حمله الحمال، ثم وضعه في بعض الطريق، ثم أراد رفعه فاستعان برب الزق، فرفعاه، فوقع وتخرق.. فالحمال ضامن؛ لأنه صار في ضمانه حين حمله، ولم يبرأ منه بعد؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه.

وإن حمله الحمال ودنا من بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال مع صاحب الزق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما.. فالحمال ضامن عند أبي حنيفة، وهو قول محمد أولاً، ثم رجع محمد، وقال: لا يضمن؛ لأن الزق وصل إلى يد صاحبه.

قال الفقيه أبو الليث: القياس أن يضمن الحمال النصف؛ لأن الزق وقع من فعلهما.

وكثير من المشايخ أفتوا به.

وإذا سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع معه.. لا يضمن؛ لأن يد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد، وقيام يده يمنع وقوع التسليم إلى غيره، كذا روي عن أبي يوسف.

وإن لم يكن صاحبه معه.. قال أبو حنيفة: لا يضمن أيضاً.

وقال صاحباه: يضمن.

وإذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل.. ضمن بالاتفاق؛ لأنه لما شده بحبل لا يحتمله.. فكأنه هو المسقط للحمل، فكان التلف حاصلاً من جناية يده.

ولو شقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها.. قال أبو بكر: ضمن الحمال؛ كما إذا انقطع حبله.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «المحيط البرهاني» (٥٩١/٧).

وإِنْ عيّنَ زرعَ بُرٍّ، فزرعَ رُطبَةً.. ضَمِنَ مَا نقصتِ الأَرْضُ، وَلَا أجرَ عَلَيْهِ.

وإِنْ أَمرَ بخياطةِ الثَّوْبِ قَمِيصاً، فخاطَهُ قَبَاءً.. خُيِّرَ الْمَالِكُ: بَين تَضمينِ قِيمَتِهِ، وَبَينَ أَخذِ القَباءِ، وَدفعِ أجرِ مثلِهِ ....

وقال أبو الليث [٤٩٧/ب]: في قياس قول أبي حنيفة: لا يضمن.

ولا يشبه هذا انقطاع الحبل؛ لأن ثمة التفريط كان من قبل المحال؛ حيث شدّ الحمل بحبل واهٍ، وههنا: التقصير جاء من قبل رب الحقيبة، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

الحمال إذا نزل في مفازة، وتهيأ له الانتقال ولم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة أو مطر.. فهو ضامن إن كانت السرقة والمطر غالباً؛ لأنه حينئذ يكون مضيعاً، وإلا.. فلا. الكل في «العمادي».

(**وإن عين زرع برّ فزرع رطبة.. ضمن ما نقصت الأرض**)؛ لأنه خلاف إلى شر؛ لأن للرطبة عروقاً يختل بها قوام الأرض.

بخلاف المزارع؛ فإنه إذا زرع خلاف ما أمر به.. يصير مخالفاً؛ سواء أضر ذلك بالأرض أو لم يضر. كذا في ضمان المزارع من «العمادية».

(**ولا أجر عليه**)؛ أي: على المستأجر ؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان؛ إذ الأجر: يستلزم عدم التعدي، والضمان: يستلزمه، وتنافي اللوازم: يدل على تنافي الملزومات.

(**وإن أمر بخياطة الثوب قميصاً، فخاطه قَباء.. خير المالك بين تضمين قيمته، وبين أخذ القباء ودفع أجر مثله**).

قيل: المراد بالقباء ههنا: القرطف، وهو الذي يلبسه العجم مكان القميص، وهو ذو طاق واحد.

والوجه فيه: أنه يستعمل استعمال القميص والقباء.. فثبت له الخيار.

وفي غيره: لا يثبت له الخيار، بل يضمنه بالقيمة حتماً.

لَا يُزَادُ على مَا سمِّي.

وَكَذَا: لَو أُمِرَ بقباءٍ فخاطَهُ سَرَاوِيلَ فِي الْأَصَحِّ.

وَقيلَ: يضمنُهُ هُنَا بِلَا خِيَارٍ.

وقيل: يجري الجواب على إطلاقه في الكل، وإطلاقه: يدل على ذلك.

ووجهه: أن القباء والقميص يتفاوتان في المنفعة، وأجزاؤهما واحدة، وهي: الذيل والكم والدخريص.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا خيار لرب الثوب في الكل، بل يضمنه قيمة الثوب؛ لأن القباء جنس آخر، فصار مخالفاً له من كل وجه.

ووجه ظاهر الرواية: أنه قميص من وجه؛ لأنه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص، فصار موافقاً من هذا الوجه، وهو مخالف من حيث التقطيع.. فيميل إلى أيهما شاء.

فإن مال إلى الخلاف.. يضمنه قيمته، وصار الثوب للخياط.

وإن مال إلى الوفاق.. يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله.

(**لا يزاد على ما سمى**)؛ لأن صاحب الثوب لم يرض بالمسمى إلا مقابلاً بخياطة القميص؛ فإذا خالف.. فات رضاه، فلا يجب عليه المسمى، والخياط لم يخطه مجاناً.. فيجب عليه أجر مثله، لا يجاوز به المسمى؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد أو شبهه، وليس فيما زاد على المسمى: عقد ولا شبهة.. فلا تقوم ولا يجب.

(**وكذا لو أمر بقباء فخاطه سراويل في الأصح**)؛ أي: يخير بين تضمين [٤٩٨/أ] قيمته وبين أخذ السراويل؛ للاتحاد في أصل المنفعة؛ أعني: ستر العورة ودفع الحر والبرد.

فصار كما إذا دفع [إلى رجلٍ][1] نحاساً، فأمره أن يصنعه شيئاً من الأواني، فصنعه له خلافه.. فإنه يخير؛ للاتحاد في أصل المنفعة.

(**وقيل: يضمنه هنا بلا خيار**)؛ للتفاوت في المنفعة والهيئة.

---

(١) زيادة لا بد منها، من «الزيلعي» (٥/١٢٠).

هذا قال في «المحيط»: إن كفاني قميصاً.. فاقطعه، فقطعه فلم يكفه.. فهو ضامن؛ لأن هذا إذن مشروط بشرط الكفاية، وبدون الشرط: لا يكون مأذوناً.

ولو قال: هل يكفيني؟ فقال: نعم، قال: اقطع، فلم يكفه.. فلا ضمان عليه؛ لأنه أمره بالقطع مطلقاً غير معلق بشرط الكفاية؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق، فيكون إذناً مطلقاً؛ لأنه غيره، ومثله لا يوجب الضمان.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب هل يكفيني قميصاً؟ فقال: نعم، قال: فاقطعه وإذا هو لا يكفيه.. قال أبو بكر البلخي: إنه يضمن؛ لأن قوله فاقطعه الفاء فيه حرف تعليق، فيقتضي شرطاً، فصار كأنه قال: إن كان يكفيني فاقطعه. انتهى.

* * *

(بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ)

(بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ)

اعلم: أن الإجارة تفسد بأمور:

• منها: الشروط الفاسدة، وهي الشروط المفسدة للبيع؛ أعني: شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين، وهذا؛ لأن المنافع تقوم بالعقد وتصير مالاً، فتعتبر الإجارة بالمعاوضة المالية؛ أعني: البيع؛ دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد؛ فإذا اعتبرت بالبيع.. كان ما يفسد البيع من الشروط مفسداً لها أيضاً.

إلا أن بينها وبين البيع فرقاً من جهة أخرى.. فإن الفاسد من البيع: يملك المبيع بالقبض، وفي الفاسد من الإجارة: لا يملك المنافع بالقبض، حتى لو مات الآجر بعد قبض المستأجر في العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة وقد كان عجل الأجرة.. فالمستأجر أحق بما عجله من الأجرة.

بخلاف البائع؛ فإن المشتري لو قبض المبيع بالبيع الفاسد وأدى الثمن ومات البائع.. فالمشتري لا يستحق الثمن.

وليس للمستأجر إجارة فاسدة: أن يؤجر العين المستأجرة إلى آخر، ولو بعد قبضها.

ولو أجرها.. يكون غاصباً عند بعض المشايخ.

وللآجر الأول أن ينقض هذه الإجارة.

بخلاف البيع الفاسد؛ فإن المشترى بالشراء الفاسد إذا باعه من آخر بيعاً صحيحاً.. ليس للأول نقض هذا البيع بالاتفاق.

إنما قلنا: «عند المشايخ» كما في مسائل الشيوع من إجارات «البزازية» [٤٩٨/ب]: والمستأجر إجارة فاسدة؛ لو أجره من غير إجارة صحيحة.. يجوز في الصحيح.

وقيل: لا يملك ذلك، واستدلوا بما ذكر في الإجارات:

دفع إليه داراً ليسكنها ويرممها، ولا أجر له.. فأجر المستأجر من غيره وانهدم الدار من سكنى الثاني.. ضمن اتفاقاً؛ لأنه صار غاصباً.

وأجابوا عنه: بأن العقد في تلك المسألة إعارة لا إجارة؛ لأن ذكر المرمّة على وجه المشورة لا الشرط. انتهى.

ثم الشروط المفسدة للإجارة قد فصلها في «غاية البيان» بعض تفصيل؛ حيث قال: والشروط التي تفسدها: كاشتراط تطيين الدار ومرمتها، أو تعليق باب عليها، أو إدخال جذع في سقفها، أو اشتراط كري نهر في الأرض، أو ضرب مسناة عليها، أو حفر بئر فيها، أو أن يسرقنها، أو ردها مكروبة على المستأجر.. فإن كل ذلك: تفسد الإجارة؛ لأنه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر، وإنها مجهولة، وجهالة بعض الأجر: يوجب جهالة الباقي.. فتفسد به الإجارة .

وكذلك لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع الماء عنها.. فالأجر عليه: لا يجوز؛ لأن قضية العقد أن لا تجب الأجرة إلا عند التمكن من الانتفاع؛ فإذا شرط الآجرة مع عدم التمكن منه.. فقد غير مقتضى العقد، ففسد به العقد.

وكذلك إذا تكارى دابة إلى بغداد، على أنه إن رزقه الله تعالى شيئاً أو رزقه من فلان شيئاً.. أعطاه من ذلك شيئاً، وهذا فاسد؛ لأنه تعليق الأجرة بالخطر؛ لأنه لا يدري أيرزق أم لا يرزق.

ولو تكارى دابة إلى بغداد، على أنه إن بلّغته فله أجر عشرة دراهم، وإلا فلا شيء له.. فالإجارة فاسدة أيضاً.

وكذلك لو استأجر عبداً شهراً بألف، على أنه إن مرض.. عمل في الشهر الذي بعده بقدر الأيام التي مرض فيها؛ لأنه لا يدري أي مقدار من الشهر يمرض، وهو يخالف مقتضى العقد.

وكذلك كل شرط يوجب الجهالة في العقد.. يفسده. انتهى ما في «غاية البيان».

وقال في «البزازية»: لو استأجر داراً شهراً بعشرة، على أن يسكن فيها يوماً.. فعليه العشرة.

أو دابة إلى خوارزم بعشرة، على أنه إن رجع من مرحلة كذا أو من قرية كذا فعليه كل الأجر.. فالإجارة فاسدة.

وإن استأجر دابة على أنه إن حمل كذا فأجرها كذا، وإن حمل كذا فأجرها كذا، أو أرضاً على أنه زرع كذا فكذا أو كذا فكذا، أو داراً إن سكنها عطاراً فكذا، وإن سكنها حداداً فكذا.. ففي رواية عن الإمام [٤٩٩/أ]: الإجارة فاسدة، وهو قولهما.

وفي أخرى: يجوز.

ولو استأجر داراً على أن لا يسكنها.. فالإجارة فاسدة؛ لأن فيه نفعاً لرب الدار، ولا يقتضيه العقد. انتهى.

فظهر مما ذكرنا: أن جملة الشروط المفسدة: راجعة إلى الجهالة في العقد، أو إلى خلاف قضية العقد.

وفي الجنس الثالث من إجارات «الخلاصة»: رجل استأجر فرساً، [ليجنّبها] ولا يركبها أو ليربطها على باب داره ليري الناس أن له فرساً، أو آنية يضعها في بيته ليتجمل بها، ولا يستعملها، أو داراً لا يسكنها، لكن ليظن الناس أن له داراً، أو عبداً على أن لا يستخدمه، أو دراهم يضعها في بيته.. فالإجارة في جميع ذلك فاسدة، ولا أجر له، [إلا] إذا كان الذي يستأجر قد يكون أن يستأجر لينتفع به. انتهى.

والحاصل: أن كل عقد إجارة ينعقد على منفعة غير مقصودة من العقد: فاسد.

- **ومنها**: الشيوع الأصلي، وذلك بأن يؤجر نصيبها من داره، أو نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه.

وإنما فسد بالشيوع؛ لأن المقصود منها: الانتفاع، وهو أمر حسي لا يمكن بالمشاع، ولا يتصور تسليمه.

بخلاف البيع؛ فإن المقصود منه: هو الملك، وهو أمر حكمي يمكن بالمشاع.

وإنما قيدناه بالأصلي؛ احترازاً عن الشيوع الطارئ؛ فإنه لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية؛ كما إذا أجر كل داره، ثم فسخا في النصف.

وكما لو استأجر من اثنين داراً ومات أحد الأجيرين قبل المدة، أو فسخ في حصته.. تبقى في حصة الآخر.

ثم الشيوع الأصلي: إنما يفسد الإجارة من الأجنبي، وأما من شريكه.. فلا يفسدها.

• **ومنها**: جهالة المسمى؛ بأن جعل الأجرة ثوباً أو دابة بلا تعيين.

وكذا: جهالة المدة أو العمل: تفسدها.

قال في «المحيط»: كل جهالة تفسد البيع.. تفسد الإجارة أيضاً؛ لأن الجهالة المتمكنة في البدل أو المبدل أو المدة: تفضي إلى المنازعة. انتهى.

• **ومنها**: عدم التسمية؛ بأن يقول: أجرتك داري شهراً أو سنة، ولم يقل: بكذا.

• **ومنها**: تأبيد المدة؛ كما في الثاني من إجارات «البزازية» قال: أجر أرضه إلى وقت موته أو أبداً.. لم يجز. انتهى.

الأول: لجهالة المدة، والثاني: للتأبيد.

• **ومنها**: تعيين العمل عليه؛ كما لو استأجر الزوج زوجته ليخبز أو يطبخ له؛ فإن الخبز والطبخ يلزم على المرأة.. فلا يجوز.

وفي «الخلاصة»: دفع إلى رجل ثوباً، وقال له: بعه بعشرة، فما زاد فهو بيني وبينك.. قال أبو يوسف: باعه بعشرة أو لم يبعه.. فلا أجر له وإن تعب في ذلك.

يجبُ فِيهَا أجرُ الْمثلِ لَا يزاد على الْمُسَمّى.

وإن باعه باثني عشر أو أكثر.. فله أجر مثل عمله إذا تعب [٤٩٩/ب] في ذلك؛ لأنه عمل بإجارة فاسدة، فيستحق الأجر.

قال القاضي الإمام: وهذا أصح، وبه يفتى؛ لأنه مقابل بالبيع دون مقدماته إذا كان المعقود عليه البيع دون السعي كما هنا.

وفروع كل نوع: مذكور في الفتاوى، ولا يساعده المختصر.

ثم شرع في بيان ما يجب في الإجارة الفاسدة فقال: (**يجب فيها أجر المثل، لا يزاد على المسمى**).

هذا ما ذكره في القدوري و«الهداية» و«الكنز».

وقال في «قاضي خان»: الإجارة إذا كانت فاسدة ووجب أجر المثل.. هل يجب بالغاً ما بلغ، أم لا؟

ينظر؛ إذ كان فساد الإجارة بجهالة المسمى من الأجر، أو لعدم التسمية.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وإن كان فسادها بحكم شرط فاسد، أو نحو ذلك.. كان له أجر المثل، ولا يزاد على المسمى. انتهى.

وهكذا في «البزازية» أيضاً؛ حيث قال: ومتى فسدت الإجارة والفساد لعدم المسمى أو لجهالة الأجر.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

ومتى فسدت بحكم شرط فاسد ونحوه مع كون المسمى معلوماً.. يجب أجر المثل، ولا يتجاوز به عن المسمى. انتهى.

فمنه علم: أن مراد المصنف: لزوم أجر المثل فيما إذا كان فسادها بشرط فاسد، لا على إطلاقه.

فإن قيل: قد ذكر في «العناية» و «الكفاية» و«غاية البيان»: أن الواجب في الإجارة الفاسدة بالشرط الفاسد: هو الأقل من أجر المثل والمسمى، لا واحد منهما

بعينه.. فهل هذا حكم آخر غير ما ذكره المصنف وقاضي خان، أو هذا تفصيل لما ذكره المصنف وقاضي خان؟

قلنا: هو تفصيل له؛ لأن مرادهم بالأقل: هو أجر المثل الذي لا يزاد على المسمى.

أما إذا كان الأقل أجر المثل. فظاهر.

وأما إذا كان الأقل هو المسمى.. فلأن الواجب حينئذ ليس المسمى، بل أجر المثل أيضاً، لكنه لما رضي بسقوط الزيادة على المسمى من أجر مثله.. ألزمناه بمقدار المسمى من أجر مثله.

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكره المصنف أولى من ذلك التفصيل؛ لأن أجر المثل لو كان مساوياً للمسمى.. لا يَصدُق عليه ما ذكروه في هذا التفصيل.

وأما قول المصنف.. فيَصدُق عليه بلا كلفة. هذا قول أصحابنا.

وقال زفر والشافعي: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ بكل حال؛ قياساً ببيع الأعيان؛ فإن البيع إذا فسد.. وجبت القيمة بالغة ما بلغت؛ لأن المنافع بمنزلة الأعيان، فيجب لها القيمة كما في الأعيان، وكما في الفساد لجهالة الأجرة أو لعدم التسمية.

قلنا: إن المنافع لا تتقوم بنفسها، بل بالعقد؛ لضرورة حاجة الناس إليه.. فيكتفى بقدر الضرورة، وهي تندفع بالصحيح منها [٥٠٠/أ]، فلا تتعدى إلى الفاسد.

إلا أنه تبع للصحيحة فيعتبر معه فيثبت فيه ما يثبت في الصحيحة من البدل عادة، وهو قدر أجر المثل بالغاً ما بلغ.

إلا أنهما إذا اتفقا على مقدار معين في الفاسد.. فقد أسقطا الزيادة عليه، فكان الواجب لزوم المسمى حينئذ بالغاً ما بلغ.

لكن لما كانت التسمية فاسدة.. لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل،

وَمنِ استأجرَ دَاراً كلَّ شهرٍ بِكَذَا.. صَحَّ العقدُ فِي شهرٍ فَقَط، إِلّا أَن يُسميَ جملَةَ الشُّهُور.

فاستقر الواجب على ما هو: الأقل من أجر المثل والمسمى إذا كانا مختلفين زيادة ونقصاناً.

بخلاف البيع؛ لأن العين متقوم بنفسه، وهو الموجب الأصلي؛ فإن صحة التسمية انتقل عنه، وإلا.. فلا.

(**ومن استأجر داراً كل شهر بكذا.. صح العقد في شهر فقط**)، وفسد في الباقي؛ للجهالة.

(**إلا أن يسمي جملة الشهور**)؛ مثل أن يقول: عشرة أشهر كل شهر بكذا، وهذا لأن الأصل أن كلمة «كل» إن دخلت فيما لا نهاية له.. تنصرف إلى الواحد؛ لتعينه ولتعذر العمل بالعموم؛ لأن جملة الشهور مجهولة، والبعض منها غير محصورة: مجهول أيضاً ومحصوراً: ترجيح بلا مرجح.. فصح العقد في الواحد؛ لكونه معلوماً، وفسد في الباقي؛ لكونه مجهولاً، كذا في «الهداية» وشروحه و«الزيلعي».

وقال في «المحيط» السرخسي: اختلف مشايخنا في جواز هذه الإجارة في الشهر الثاني:

قيل: إنها فاسدة للجهالة، إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم تفسخ الإجارة.. انقلبت جائزة؛ لكونه معلوماً مثل الشهر الأول، وكذلك في الشهر الثالث والرابع.

والصحيح: أن الإجارة في كل شهر جائزة؛ لأن كلمة «كل» تعم كلَّ شهر، وابتداء كل شهر وانتهاؤه معلوم، فكما جاز العقد في الشهر الأول.. جاز فيما عداه.

وأيضاً: فإذا تم الشهر.. كان لكل منهما أن ينقض الإجارة في الشهر الآتي.

وهل يلزم أن يكون النقض بمحضر من الآخر أو لا؟

اختلف فيه المشايخ؛ فمنهم من يقول: إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد، و يصح على قول أبي يوسف.

ومنهم من يقول: لا يصح بغير محضره، بلا خلاف.

قال في «قاضي خان»: رجل أجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم.. كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر.

فإن خرج المستأجر قبل تمام الشهر وخلف امرأته ومتاعه فيهما.. لم يكن للآجر أن يفسخ الإجارة مع المرأة؛ لأنها ليست بخصم.

فإن أراد أن يفسخ عند غيبة المستأجر.. قال بعضهم: يؤاجر الدار من إنسان آخر قبل تمام الشهر؛ فإذا تم هذا الشهر.. تنفسخ الإجارة الأولى وتنفذ الثانية [٥٠٠/ب]، فيخرج المرأة من الدار، ويسلم إلى الثاني.

وهو نظير ما قال أبو حنيفة ومحمد: رجل باع شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم أراد أن يفسخ بحكم الخيار عند غيبة المشتري.. لا يجوز ذلك، وإن باعه من غيره.. جاز وينقض البيع الأول.

هذا إذا كان المستأجر غائباً.

فإن كان حاضراً وقد كان أجر داره كل شهر [.. لا يجوز][1] حتى تفسخ الإجارة.

قال بعضهم: يقول المؤاجر للمستأجر في الشهر الأول: فسخت الإجارة التي بيننا في دار كذا إذا جاء رأس الشهر.

وعامة المشايخ: لم يجوّزوا هذا الطريق؛ لأن فيه تعليق الفسخ بمجيء الشهر، وذا لا يجوز عند العامة؛ كما لا يجوز تعليق الإجارة به.

وقال بعضهم: يقول المؤجر في آخر الشهر مرة بعد أخرى: فسخت الإجارة، حتى يهل الهلال، وفيه من الحرج ما لا يخفى.

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (١٥٥/٢).

وكلُّ شهرٍ سَكَنَ مِنْهُ سَاعَةً.. صَحَّ فِيهِ، وَسقطَ حقُّ الْفَسْخ.
وَظَاهر الرِّوَايَةِ: بَقَاؤُهُ فِي اللَّيْلَةِ الأُولى ويومِها.

وقال بعضهم: يفسخ في الأيام الثلاثة من الشهر الثاني؛ اعتباراً بأيام الخيار، وذلك باطل؛ لأن جواز ذلك في البيع: عرف شرعاً، بخلاف القياس.. فلا تقاس عليه الإجارة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن لكل واحد منهما النقض عند رأس الشهر؛ فإن سكنها من الشهر الثاني يوماً أو يومين.. جاز.

ولو قال: فسخت الإجارة بيننا رأس الشهر الثاني.. جاز ذلك؛ لأن إضافة الإجارة جائزة.. فكذلك إضافة الفسخ.

وقال بعضهم: يفسخ في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها.

وعليه الفتوى. انتهى.

وهو ظاهر الرواية على ما ذكره المصنف.

(**وكل شهر**)؛ أي: غير الشهر الأول (**سكن منه ساعة**)؛ أي: بدون فسخ العقد الأول (.. **صح**) العقد (**فيه**)؛ أي: في ذلك الشهر؛ لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله.

وكذا: كل شهر سكن في أوله بعد هذا الشهر أيضاً؛ إذا صح فيه.. يلزمه الأجر المسمى، ولا يكون لأحدهما الامتناع عن المضي للمستأجر إن سكن فيه إلى انقضاء الشهر، وليس للمؤجر أن يخرجه إلى انقضاء الشهر لسقوط حق الفسخ، وإليه أشار بقوله: (**وسقط حق الفسخ**)؛ لأن صحة العقد تنافيه.

هذا هو القياس، واختاره القدوري وبعض المشايخ.

(**وظاهر الرواية: بقاؤه**)؛ أي: بقاء حق الفسخ لكل منهما (**في الليلة الأولى ويومها**) من الشهر الداخل.

وفي «الزيلعي»: وبه يفتى؛ لأن فيما ذكره القدوري يعد الحرج؛ لأن فسخ العقد

على هذا القول متعسر؛ لأن المقصود: هو الفسخ في رأس الشهر الثاني، وهو عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال على هذا القول؛ فكما أهل.. مضى رأس الشهر، والفسخ بعد ذلك: فسخ بعد [٥٠١/أ] مضي مدة الخيار، وقبل ذلك: فسخ قبل مجيء وقته، وكلاهما: لا يجوز.

إلا بأن يقول من يريد الفسخ في خلال الشهر الأول: فسخت العقد رأس الشهر.. فينفسخ العقد إذا أهل الشهر، فيكون هذا فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر.

وعقد الإجارة يصح مضافاً إلى المستقبل.. فكذا فسخه.

وأما على ظاهر الرواية: فرأس الشهر هو اليوم مع ليلته في العرف فيمكنهما الفسخ فيها.

هذا فيما إذا استأجر داراً كل شهر بكذا، بخلاف ما إذا استأجر داراً شهراً فسكن فيها شهرين.. فإن فيه اختلافاً:

ففي رواية «الأصل»: لا يلزمه أجر الشهر الثاني.

وقال بكر: وعن أصحابنا: أنه يجب أجر الشهر الثاني.

وروي عن الكرخي وابن سلمة: التوفيق بين الروايتين: بالحمل على المعد للاستغلال وعلى غير المعد له؛ من غير فصل بين الحمام والدار، فقالوا: إذا لم يكن معداً للاستغلال.. لا يلزمه أجر الشهر الثاني، وإن كان معداً للاستغلال؛ سواء كان داراً أو حماماً أو أرضاً.. يلزمه أجر الشهر الثاني.

وقال الصدر الشهيد والإمام «قاضي خان»: وعليه الفتوى.

هكذا ذكره في «قاضي خان» و«البزازية»، ثم ذكر في «البزازية»: ولا تصير الدار معدّة للاستغلال بالإجارة سنة أو سنتين أو أكثر، إلا إذا بناها لذلك، أو اشتراها لذلك.

ولا تصير معدة للاستغلال في حق المشتري بإعداد البائع للاستغلال.

ومن سكن دار الوقفِ أو اليتيمِ بأهله وأتباعه.. فأجر الثمل على الرجل المتبوع.

رهن داراً لغيره، وهي معدة للاستغلال، فسكنها المرتهن.. لا يلزم الأجر؛ فإن السكنى بتأويل الملك؛ كبيت سكنها أحد الشركاء بلا عقد لا يلزم وإن كانت معدة للاستغلال.

وكذا: السكنى بتأويل العقد؛ كعقد الرهن، وبه أفتيت.

وهل تصير الأرض وحجر القصار [معدان للاستغلال؟].

ففي «القنية» و«الملتقط»: أنهما يصيران معدان للاستغلال مثل الدار، وكذا الحيوان؛ مثل الإبل والفرس. هكذا ذكره.

ثم ذكر فيها بعد سطر: والسكنى بتأويل ملك أوعقد في الوقف.. لا تمنع لزوم أجر المثل.

وقيل: دار اليتيم كالوقف.

وأجاب نجم الأئمة في دار مشتركة بين يتيم وبالغ، سكنها البالغ كلها: لا يجب أجر مثل حصة الصغير؛ كما في الكبيرين.

بخلاف الوقف.

قيل له: فما تختار فيمن سكن دار اليتيم غير الشريك بغير عقد؟

قال: أختار عدم لزوم الأجر، بخلاف الوقف.

وذكر قبل هذا: والفتوى في غصب [٥٠١/ب] دور الوقف وعقاره: على الضمان؛ كما في منافعه، وكذا: اليتيم.

والإمام ظهير الدين: أفتى بأجر المثل في الوقف، لا في اليتيم.

ومن المشايخ من قال: إذا كان ضمان النقصان خيراً لليتيم من أجر المثل.. يلزم ذلك على الغاصب، والأجر: المثل.

وكذا قاله فيمن سكن داراً أو حانوتاً للوقف واليتيم: بعد الإجارة.. يجب خيرهما للوقوف واليتيم.

ثم ذكر فيها أيضاً: متولي الوقف باع الوقف، ثم عزل ونصب آخر، فادعى الثاني على المشتري الساكن: أنه وقف، وأخذه بحكم القاضي.. فعلى المشتري أجر المثل؛ سواء كانت معدة للاستغلال، أو لا.

قال السيد في «الملتقط»: والأليق بمذهب أصحابنا: أن لا تجب الأجرة في البيع والرهن المستأجر؛ إذا سكن بعد فسخ الإجارة بتأويل: أن له حق الحبس حتى يستوفي الأجر الذي أعطاه.. فعليه الأجرة إذا كانت معدة للاستغلال في المختار.

وكذا في الوقف على المختار.

سكن المستأجر بعد موت المؤاجر.. قيل: يجب الأجر بكل حال؛ لأنه ماض على الإجارة.

والمختار للفتوى: عدم الأجر قبل طلب الأجر.

أما إذا سكن بعد طلب الأجر.. يلزم الأجر؛ لأنه بعد طلب رب الدار الأجر؛ يكون التزاماً منه.

ولا فرق فيه بين المعد للاستغلال وغيره، وإنما الفرق في ابتداء الطلب.

وفي «المحيط»: الصحيح: لزوم الأجر؛ أي: معداً للاستغلال بكل حال. الكل في «البزازية».

وقال في «العمادية»: اشترى داراً وسكن فيها، ثم ظهر أنها وقف، أو كانت للصغير.. يجب عليه أجر المثل؛ صيانة للوقف والصغير.

هذا في مال الصغير، وهل يلزم الأجر في استعمال الصغير أيضاً؟

ففي «البزازية»: يتيم لا أب له، ولا أم له أيضاً، استعمله أقرباؤه مدة في أعمال شتى بلا إذن الحاكم، وبلا إجارة.. له طلب أجر المثل بعد البلوغ؛ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي أجر المثل.

أقعد صبياً مع رجل يعمل معه، فاتخذ له هذا الرجل كسوة، ثم بدا للصبي أن لا يعمل معه.. قال: إن كان أعطاه كرباساً والصبي هو الذي تكفل خياطته.. لم يكن للرجل على الكسوة سبيل.

قال في إجارات «الأشباه»: ويستثنى من مال اليتيم مسألة: سكنت أم اليتيم مع زوجها في دار اليتيم.. ليس لهما ذلك، ولا أجر عليهما، كذا في وصايا «القينة».

وقال في أحكام الصغار للأستروشي من مسائل الإجارات: سئل صاحب «المحيط» عن امرأة لها ولد صغير، وللصغير [٥٠٢/أ] دار.. هل لها أن تسكن في دار ولدها؟

قال: إن لم يكن لها زوج.. لها ذلك بحكم الحاجة، وإن كان لها زوج.. ليس لها ذلك؛ لأن سكناها واجب على الزوج.. فلا تكون محتاجة إلى السكنى.

وكذلك: إن كان لها مال.

وإن سكنتها بغير أمر الزوج.. هل تأثم؟

قال: نعم.

وهل يجب عليها أجر المثل؟

قال: ينظر؛ إن كان للصغير يد قائمة بحيث يقدر على المنع والتسليم؛ بأن كان الولد ولد عشر سنين.. لا أجر عليها؛ لأنه لم يوجد التسليم.

وإن لم يكن للصغير يد بأن كان أقل من عشر سنين.. يجب عليها أجر المثل على جواب المشايخ؛ أما على جواب الكتاب.. فلا أجر عليها؛ لأنها صارت غاصبة.

والفتوى: على جواب المشايخ.

وقال القاضي الإمام فخر الدين: جاز للأم أن تسكن دار ولدها الصغير وإن كان لها زوج، ولا يجب عليها أجر المثل.

واعلم: أن في مواضع يجب أجر المثل.

منها: الإجارة الفاسدة: يجب بالغاً ما بلغ، أو ما لا يزاد على المسمى على ما تقدم بيانه.

ومنها: أنه لو عمل له شيئاً ولم يسم له شيئاً من الأجرة وكان الصانع معروفاً بتلك الصنعة.. وجب أجر المثل على قول محمد، وبه يفتى.

ومنها: في غصب المنافع؛ إذا كان المغصوب مال يتيم أو وقف أو معداً للاستغلال.. فإنه يلزم أجر المثل فيها على المفتى به.

ولا تسقط شبهة الملك أو العقد في: مال اليتيم والوقف، وتسقط في: المعد للاستغلال وأتلف منافعها.

وأما إذا غصب واحداً منها وأجرها على آخر بأجرة معلومة.. فعلى المستأجر ما سمى من الأجرة للمؤجر الغاصب، ويلزم الغاصب أن يرد ما قبضه من المسمى على المالك المغصوب منه.

ومنها: إذا فسدت الشركة؛ بأن كان المال لأحدهما فقط، والمساقاة والمزارعة.. كان للعامل أجر المثل.

ومنها: إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض زرع.. فإنه يترك بأجر المثل إلى الحصاد.

ومنها: إذا فسدت المضاربة.. فللعامل أجر مثله.

ومنها: عامل الزكاة يستحق أجر مثل عمله، بقدر ما يكفيه وأعوانه.

ومنها: الناظر على الوقف إذا لم يشترط له الواقف.. فله أجر مثل عمله إذا عين القاضي [له أجراً]، وإلا.. فلا شيء له.

وإِنْ آجرَها سنةً بِكَذَا.. صَحَّ وإِنْ لم يبينْ قسطَ كلِّ شهرٍ.

وَابْتِدَاءُ الْمدَّةِ: مَا سمَّى، وإِلّا.. فوقتُ العقدِ.

وقيل: له أجر مثل عمله وإن لم يشترط له القاضي.

ومنها: الوصي إذا نصبه القاضي وعين له أجراً بقدر أجر مثله.. جاز.

ومنها: القسام لو لم يستأجر بمعين.. له أجر مثل عمله.

ومنها: القاضي يستحق أجر مثله على كتابة [٥٠٢/ب] المحاضر والسجلات.

وكذا المفتي: يستحق أجر مثله على كتابة الفتوى.

(**وإن آجرها**)؛ أي: الدار والحانوت (**سنة بكذا.. صح**) العقد (**وإن لم يبين قسط كل شهر**)؛ لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة، والأجرة معلومة أيضاً.. فتصح وإن لم تقسم الأجرة على أجزاء المدة، فصار كما إذا استأجر شهراً بكذا بدون بيان قسط كل يوم؛ فإذا صح [.. وجب][1] تقسيم الأجرة بين كل شهر على السواء؛ لعدم المرجح.

(**وابتداء المدة**)؛ أي: مدة الإجارة: (**ما سمى**)؛ أي: إن وجدت التسمية؛ بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة مثلاً.

(**وإلا**)؛ أي: وأن لم يسم شيئاً من المدة، (**.. فوقت العقد**)؛ لأن الأوقات كلها في حق الإجارة سواء، وفي مثله: يتعين الزمان الذي يتعقب السبب؛ كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً؛ لأنه لو لم يتعين ما يعقبه السبب.. لصار مجهولاً، فتبطل الإجارة.

والظاهر من حال العاقد: أن يقصد الصحة، فتعين عقيب العقد؛ لعدم المزاحم له.

بخلاف ما إذا قال: لله عليَّ أن أصوم شهراً.. حيث لا يتعين الشهر الذي يتعقب نذره ما لم يعينه؛ لأن الأوقات في الصوم ليست كلها على السوية؛ لأن الليالي ليست

---

(١) نقص تم استدراكه من «التبيين».

فَإِن كَانَ حِينَ يهلُّ.. تعْتَبرُ بِالْأَهِلَّةِ.

وإِلّا.. فبالأَيَّامِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الأولُ بِالْأَيَّامِ، وَالْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ.

بمحل له، ولا بد له من النية عقيب النذر؛ إذ لا يصير شارعاً فيه بدون النية، وربما لا تقترن النية بالسبب، فلا يتعين عقيب السبب بدون التعيين.

(**فإن كان**) العقد (**حين يهل**) على بناء المفعول؛ أي: يرى الهلال (.. **تعتبر**) شهور السنة (**بالأهلة**)؛ لأن الأهلة أصل في الشهور العربية، فمهما كان العمل به ممكناً.. لا يصار إلى غيره.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن العقد حين يهل، بل في أثناء الشهر (.. **فبالأيام**) عند أبي حنيفة؛ كل شهر: ثلاثون يوماً، فالسنة: ثلاث مائة وستين يوماً.

(**وعند محمد: الأول بالأيام، والباقي**) من الشهور (**بالأهلة**)، يكمل ما بقي من الشهر الأول من الأيام، [والباقي بالأهلة:] من الشهر الثاني من شهور تلك السنة وهي أحد عشر شهراً بالهلال؛ لأن الأيام إنما يصار إليها ضرورة، والضرورة في الأول دون ما عداه، فيقتصر على محل الضرورة، ويكمل من الأخير.

ولأبي حنيفة: أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهراً، وتمامه إنما يكون ببعض الثاني؛ فإذا تم الأول بالأيام.. ابتدأ الثاني بالأيام أيضاً ضرورة ، وكذلك إلى آخر السنة؛ لأنا لو اعتبرنا الأول بالأيام والباقي بالأهلة وتممنا الأول من الأخير كما قال محمد.. لزم أن يكون الثاني والثالث وما بعده من الأشهر قبل الشهر الأول؛ لأن وجود الشيء بعد تمامه [٥٠٣/أ] وهو محال، فاعتبرنا كلها بالأيام.

نظيره: ما قالوا في العدة: من أن الطلاق؛ إن كان في أول الشهر.. يعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان في وسطه.. فبالأيام في حق التفريق.

وفي حق العدة.. كذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: يكمل الأول بالأخير، والمتوسطان بالأهلة.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ الإِمَامِ فِي أُخْرَى.

وكَذَا العِدّةُ.

وَيجوزُ أَخذُ أُجْرَةِ الْحمَّامِ والحجَّامِ، ....

(**وأبو يوسف معه**)؛ أي: مع محمد (**في رواية، ومع الإمام في**) رواية (**أخرى، وكذا العدة**)، وقد تقدم.

(**ويجوز أخذ أجرة الحمام**)؛ أي: من الداخل فيه للغسل (**والحجام**).

أما الحمام؛ فلجريان العرف بذلك، والقياس: عدم الجواز؛ للجهالة، ولكنه ترك لإجماع المسلمين على ذلك.

ولو دخل الحمام وأعطى أجرة الحمام ولم يعط للحلاق والخادم شيئاً.. ينظر؛ إن كانا أجيرين للحمامي.. لا يلزمه أجرهما إن كانا يعملان له، وإلا.. يجب أجرهما.

استأجر حماماً في قرية، فوقع الجلاء ونفر الناس عنها.. سقط الأجر، ولو نفر بعض الناس وبقي البعض.. لا يسقط.

وإن كان حماماً للرجال وحماماً للنساء وجددهما جميعاً، إلا أنه سمِّي في الإجارة حماماً.. جاز استحساناً.

قيل: إذا كان باب الحمامين والدهليز واحداً.. جاز، ولو كان لكل باب.. لا يجوز.

وفي «الخزانة» سوى بينهما. وهو الصحيح.

وإن انكسر قدر الحمام.. سقط الأجر. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

ومسائل ضمان الحمامي ذكرناها في الوديعة.

وأما الحجام؛ فلما روي: أنه ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره، ولأنه استئجار على عمل معلوم، بأجر معلوم، بلا مانع.. فيصح.

وإنما ذكرهما في الإجارة الفاسدة مع جوازهما؛ لأن لبعض الناس فيه خلافاً؛

لَا أَخذُ أُجْرَةِ عَسَبِ التَّيسِ.

ولا على **الطَّاعَاتِ**: كالأَذانِ وَالْحِجِ والإمامةِ وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ.

أَو **الْمعاصِي**: كالغناءِ وَالنَّوحِ والملاهِي.

حيث كره بعضهم غلة الحمام، وبعضهم فصل بين حمام الرجال وحمام النساء، فكره حمام النساء دون الرجال، وكذا أجرة الحجام.

والصحيح عند العامة: جواز دخول الحمام مطلقاً للرجال والنساء، بل حاجة النساء إليه أظهر من الرجال، وكذا أخذ أجرته، كيف وقد صح أن النبيﷺ دخل حمام جحفة؟!

وتأويل ما رووه من الكراهة في دخول الحمام: محمول على الدخول مكشوف العورة.

وما رووه في أجرة الحمام: منسوخ على ما في محله.

(لا أخذ أجرة عسب التيس، ولا على الطاعات؛ كالأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه)، وكذا كل طاعة تختص بالمسلم كالتدريس والوعظ، على ما في «البزازية»؛ لقولهﷺ:«اقرؤا القرآن، ولا تأكلوا به»، ولقولهﷺلعثمان بن عاص: «وإن اتخذت مؤذناً.. فلا تأخذ على الأذان أجراً» ولأن القربة متى حصلت.. وقعت عن العامل، ولهذا تعتبر أهليته.. فلا يجوز له أخذ الأجر [٥٠٣/ب] من غيره؛ كما في الصوم والصلاة.

(أو المعاصي: كالغناء والنوح والملاهي)؛ لأنه استئجار على المعصية.. فلا يستحق بالعقد، ولو عمل.. لا أجر له.

وإن استأجره ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية أو غيرهما.. قيل: لا يحل له الأجر.

والمختار: أنه يحل؛ لأن المعصية في القراءة لا في الكتب.

ويفتى الْيَوْمَ بِالْجَوَازِ على الْإِمَامَةِ وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ.

ولو استأجرته امرأة ليكتب لها كتاباً إلى حبيبها.. يجب الأجر، ويطيب له الأجر إن بيّن الشرائط وذكر أعداد الخط وقدره.

كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**ويفتى اليوم: بالجواز على الإمامة وتعليم القرآن والفقه**)؛ لظهور التواني في الأمور الدينية؛ ففي الامتناع: تضييع حفظ القرآن، وإنما كره المتقدمون ذلك: لأنه كان للمعلمين في زمنهم عطيات من بيت المال، وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم حسبة لله، بخلاف زماننا.

فإذا جاز ذلك؛ فإن سموا الأجر.. فلهم المسمى، وإلا.. فلهم أجر المثل.

بخلاف قراءة القرآن بالأجرة للميت كما اعتاده الناس؛ إذ لا ضرورة في قراءته بالأجرة.. فلا تجوز قياساً على تعليم القرآن والفقه؛ كما ظنه بعض الجهلة وجوزها.

ولأن الإجارة: تمليك المنفعة، ولا يمكن التمليك في القراءة للميت؛ لأن المطلوب هنا: وصول الثواب، وهو من أمور الآخرة، ولا يقدر العبد تمليكه، بل هو يخص فضل الله تعالى.

بخلاف التعليم؛ لأن فعل المعلم يحصل للمتعلم بسببه العلم، فيستحق الأجرة في مقابلته، ولأن القراءة عبادة بدنية محضة؛ كالصلاة.. فلا يجوز أخذ الأجرة ـ كما في الصلاة ـ اتفاقاً.

بخلاف التعليم؛ لأن فيه جهتين: حصول الثواب للمعلم، وحصول العلم للمتعلم؛ فبالاعتبار الثاني.. تصح الأجرة، دون الأول.

ويدل أيضاً على صحة ما قلنا: ما ذكروا في كتاب الوصية؛ فإنه قال في «المحيط السرخسي»: أوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء.. فالوصية باطلة؛ لأن أخذ الشيء للقراءة: بمنزلة الأجرة على القراءة، وذا لا يجوز.

وَيُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ على دفعِ مَا سُمِّيَ، وَيحبسُ بِهِ.

وعَلى الحُلوةِ المرسومَةِ.

وَلَا تصحُّ إِجَارَةُ الْمشَاعِ، إِلّا منَ الشَّرِيكِ.

وَعِنْدَهُمَا: تصحُّ مُطلقاً.

وفي «المحيط البرهاني»: لا معنى لهذه الوصية؛ لأن هذا بمنزلة الأجرة، والإجارة في ذلك باطلة، وهي بدعة، ولم يفعلها أحد من الخلفاء.

وقال في «الاختيار»: وأخذ الشيء للقراءة.. لا يجوز؛ لأنه كالأجرة.

وفي «البزازية»: أوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء.. فالوصية باطلة.

وفي «القنية»: وكذا الوقف لا يصح، وقيل: إنه يصح.

(ويجبر المستأجر على دفع ما سمى) [٥٠٤/أ] **(ويحبس به)**.

وكذا على دفع أجر المثل فيما لا تسمية له.

(وعلى) دفع **(الحلوة المرسومة)**.

وكذا دفع العيدي ويبخ شبنهي على ما في «البزازية».

(ولا تصح إجارة المشاع)؛ سواء كان نصيبه معلوماً كالربع ونحوه، أو مجهولاً.

(إلا من الشريك). هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: تصح مطلقاً)؛ أي: من شريكه وغيره؛ لأن المشاع له منفعة، ولهذا.. يجب أجر المثل عنده.

وما له منفعة.. يصح أن يرد عليه عقد الإجارة؛ لأنه عقد على المنافع، فكان المقتضي موجوداً، والمانع ـ وهو عدم القدرة على التسليم ـ: مرتفعاً؛ لأنه يمكنه بالتخلية أو بالتهايؤ، فصار كما إذا آجر من شريكه.

وفي «الزيلعي» نقلاً عن «المغني»: الفتوى في إجارة المشاع: على قولهما.

ولأبي حنيفة: أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن تسليم المشاع وحده ـ سواء

كان محتملاً للقسمة كالدار، أو لا كالعبد ـ غير متصور.. فلا تصح إجارته، والتخلية لم تعتبر تسليماً لذاتها؛ حيث اعتبرت، بل لكونها تمكيناً، والتمكين: هو الفعل الذي يحصل به التمكن، والتمكن في المشاع: غير حاصل، ولا معتبر بالعلة عند فوات المعلول.

وأما التهايؤ: فهو من أحكام العقد بواسطة الملك، فيكون متأخراً عنه؛ لأن حكم الشيء يتأخر عنه، والعقد منتف؛ لانتفاء شرطه: وهو القدرة على التسليم.. فلا يمكن إثباته بالتهايؤ المتأخر عنه.

بخلاف ما إذا آجر من شريكه.. فإن الكل يحدث على ملكه، فلا شيوع يمنع التسليم والتسلم، إلا أن النصف: بحكم الملك، والنصف الآخر: بحكم الإجارة، ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة.

بخلاف الهبة والرهن.. حيث لا يجوز في المشاع أصلاً ولو للشريك؛ لأن المقصود في الهبة: هو القبض التام، وفي الرهن: هو الحبس التام، وكلاهما لا يتصوران في الشائع ولو للشريك.

وأما المقصود الأصلي في الإجارة: هو المنفعة، وهو ليس بمتعذر، وإنما المتعذر: هو التسلم، وذلك لا يوجد في حق الشريك، ويجوز أن يكون الشيء الواحد ـ وهو الشيوع ـ مانعاً بحكم دون حكم.

وقال القاضي: إجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم: فاسدة في قول أبي حنيفة، وعليه الفتوى، وهكذا في «الفتاوى الصغرى».

وقال في «الحقائق»: الفتوى على قول أبي حنيفة، وما ذكره في «الزيلعي» نقلاً عن «المغني» «من أن الفتوى في إجارة المشاع على قولهما»: شاذ ومجهول القائل. كذا في «فتاوى الأنقروي».

وإِنْ أَجَّرَ دَاراً من رجلَيْنِ.. صَحَّ اتِّفَاقاً.

وَيجوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ، ....

(**وإن آجر داره من رجلين**)؛ أي: بعقد واحد (.. **صح اتفاقاً**)؛ لأن العقد أضيف إلى الكل [٥٠٤/ب]، ولا شيوع فيه؛ لوقوع التسليم جملة، وإنما الشيوع يظهر حكماً لتفرق الملك فيما بينهما، وهو طارئ على التسليم، والشيوع الطارئ على التسليم: لا يفسد العقد، وكذا إذا مات أحد المستأجرين.. بقي العقد في نصيب الحي شائعاً؛ لكونه طارئاً، وإنما ينفسخ العقد في نصيب الميت، وهذا: لأن الشيوع إنما كان مفسداً؛ لكونه مانعاً من القبض، ولا حاجة إليه بعد القبض.

ولو آجر رجلان داراً مشتركة بينهما من رجل.. جاز أيضاً؛ لما ذكرناه في عكسه.

وكذا لو مات أحد المؤجرين.. يبقى العقد في نصيب الحي وينفسخ في نصيب الميت لما ذكرناه.

وكذا لو آجر كل داره، ثم فسخا العقد في نصفه.. يجوز في الباقي بلا خلاف في ظاهر المذهب؛ لكون الشيوع طارئاً.

وعن الإمام: أن الشيوع الطارئ يرفع، كما أن الشيوع المقارن يمنع.

(**ويجوز استئجار الظئر بأجر معلوم**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ يعني: بعد الطلاق، ولأن التعامل به كان جارياً في عهد رسول الله ﷺوقبله، وأقرهم عليه.

بخلاف استئجار شاة ليرضع ظبياً أو جدياً.. فإنه لا يجوز؛ لعدم العرف والتعامل به. كذا في «البزازية».

ثم اختلفوا في المعقود عليه، فقيل: هو المنافع، وهو خدمتها للصبي والقيام بأموره وتلقيم ثديها، واللبن تبع له كالصبغ في الثوب، واختاره صاحب «الهداية» و«الذخيرة» و«الإيضاح».

وَكَذَا بطعامِها وكسوتِها.

خلافاً لَهما.

وقيل: هو اللبن، والخدمة تابعة، واختاره شمس الأئمة السرخسي؛ مستدلاً: بأن المقصود هو اللبن، وما سوى ذلك من الخدمة والقيام بمصالح الصبي: تبع، والعقد يرد على المقصود الأصلي.

ويؤيده ما قالوا: إنها لو أرضعته بلبن شاة أو أطعمته بطعام.. لا تستحق الأجر، على ما سيصرح به المصنف.

قالوا: والأقرب إلى الفقه: هو الأول؛ لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان قصداً؛ كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها.

ولا نسلم أن المقصود: هو اللبن، بل المقصود: هو الإرضاع وتلقم الثدي وانتظام أمر الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط؛ منها: اللبن، وإنما لا تستحق الأجر فيما لو أرضعته بلبن شاة أو أطعمته بطعام؛ لأنها لم تأت بالواجب؛ وهو: الإرضاع وتلقم ثديها.

فإن قيل: إن ابن سماعة روى عن محمد أنه قال: إن استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة: دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام: دليل على أنه لا يجوز [٥٠٥/أ] استحقاقه بعقد الإجارة.. فهذه الرواية عنه: دليل على القول الثاني، فكيف يرجحون الأول بعد هذه الرواية عن إمام الفن؟

أجيب عنه: بأنه ليس بظاهر الرواية، ولو سلم.. فنحن ما منعنا أن يستحق اللبن بعقد الإجارة، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً، وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك.

(**وكذا**)؛ أي: يجوز استئجار الظئر (**بطعامها وكسوتها**)؛ كما جاز بأجر معلوم كسائر الإجارات عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ حيث قالا: لا يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها، كما لا يجوز

وَعَلَيْهَا غَسْلُ الصَّبِيّ وَغسلُ ثِيَابِهِ، وَإِصْلَاحُ طَعَامِهِ، ودَهنُهُ.

استئجار الطباخة بطعامها وكسوتها، وهو قول زفر والشافعي أيضاً، وهو القياس؛ لأن الأجرة ـ وهي الطعام والكسوة ـ مجهولة.

ولأبي حنيفة: أن العادة جارية بالتوسعة على الأظآر؛ شفقة على الأولاد، وذلك يرفع الجهالة، بخلاف استئجار الطباخة والخبازة بطعامهما وكسوتهما ؛ لأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة في أمثالها المماكسة والمضايقة، لا التوسعة.

وذكر في «الجامع الصغير»: إن سمّى الطعام دراهم، ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها.. جاز ـ أي: بالإجماع ـ لزوال الجهالة.

وقالوا: معنى قوله: «سمى الطعام دراهم»: أن يجعل الأجر دراهم، ثم يدفع الطعام مكانه؛ فيكون معناه: أن يسمي بدل الطعام دراهم بحذف المضاف، ولكنه تأويل غير ظاهر من عبارته.

ولو سمى الطعام وبين قدره وجنسه.. جاز بالإجماع؛ لزوال الجهالة.

ولا يشترط تأجيله؛ لأن المقدرات الموصوفة في الذمة أثمان، ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلاً، بل يجوز حالاً ومؤجلاً، ويشترط: بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. على ما تقدم في السلم.

وفي الكسوة: يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان الجنس والقدر؛ لأنه إنما يثبت ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً: عند الأجل كما في السلم، فيشترط فيه ما يشترط في السلم.

(وعليها)؛ أي: على الظئر: **(غسل الصبي وغسل ثيابه وإصلاح طعامه ودهنه)**؛ لأن هذه المنافع معقود عليها:

إما قصداً على ما اختاره صاحب «الهداية» و«الذخيرة» و«الإيضاح».

أو تبعاً على ما اختاره الإمام السرخسي.

وعلى القولين: لا بد منهما.

لَا ثمنُ شَيْءٍ مِنْهَا.

بل هُوَ وأَجرُها على مَن نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ.

فَإِن أَرْضَعَتْهُ فِي الْمدَّةِ بِلَبنِ شَاةٍ أَو غَذَتْهُ بِطَعَامٍ.. فَلَا أجرَ لَهَا.

ولزوجِها وَطْؤُهَا، لَا فِي بَيتِ الْمُسْتَأْجِرِ.

وَله فَسخُهَا إِنْ لم تكن بِرِضَاهُ إِنْ نِكَاحُهُ ظَاهِراً، ....

(لا ثمن شيء منها)؛ أي: من ثياب الصبي وطعامه ودهنه؛ لعدم دخوله في العقد أصلاً.

(بل هو)؛ أي: ثمن كل من هذه الأشياء، (وأجرها)؛ أي: أجر الظئر (على مَن نفقته)؛ أي: نفقة [٥٠٥/ب] الصبي (عليه)، وهو: الأب ومن بعده من العصبات على الترتيب المعهود، وقد مر في باب الأولياء.

(فإن أرضعته في المدة)؛ أي: مدة الإجارة (بلبن شاة أو غذته) ـ بالغين والذال المعجمتين ـ: من التغذية، والضمير المنصوب للصبي (بطعام.. فلا أجر لها)؛ لعدم إتيانها بالواجب: وهو الإرضاع وتلقم ثديها.

وفي كلامه اشتباه؛ لأن قوله: «وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه.. إلى قوله: ودهنه»: يدل على أن المعقود عليه قصداً: هو المنافع المذكورة، على ما اختاره الفرقة الأولى.

وقوله: «فإن أرضعته في المدة... إلى قوله: فلا أجر لها»: يدل على أن المعقود عليه قصداً: هو اللبن، على ما اختاره الفرقة الثانية؛ لأن هذا التفريع إنما يظهر على قولهم على ما ذكرناه، ولو أتى بالواو بدل الفاء.. لكان أظهر.

(ولزوجها)؛ أي: زوج الظئر (وطؤها)؛ لأنه حقه، فلا يتمكن المستأجر إبطاله.

(لا في بيت المستأجر)؛ لأن المنزل له فيتمكن منعه.

(وله)؛ أي: للزوج (فسخها)؛ أي: عقد الإجارة للظئر (إن لم تكن برضاه؛ إن) كان (نكاحه ظاهراً) بين الناس.

لَا إِنْ أقرَّت بِهِ.

وَلأَهلِ الطِّفْلِ فَسخُهَا إِن مَرِضَت أَو حَبِلَتْ.

والقياس: أن يفسخها مطلقاً؛ لأن له: أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي من الدخول عليها، ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها، فكان له المنع منها كما يمنعها من الصوم تطوعاً، لكنه لما أسقط حقه برضاه بالإجارة.. لم يكن له حق الفسخ حينئذ، فبقي فيما لم يرض على القياس؛ سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيهاً بين الناس أو لا يشينه في الأصح. على ما في «الزيلعي».

(**لا إن أقرت به**)؛ أي ليس له الفسخ إن ثبت النكاح بينهما بإقرارها، وكذا بإقرارهما أيضاً؛ لأنهما لا يصدقان بقولهما في حق المستأجر؛ كما إذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لإنسان.. تصدق في الرق لا في حق بطلان النكاح.

(**ولأهل الطفل**) من أبيه أو أمه أو غيره (**فسخها إن مرضت**) الظئر (**أو حبلت**)؛ لأن لبن الحامل والمريضة يضر الولد، والإجارة مما تفسخ بالأعذار.

وكذا له الفسخ لو تقيّأ الصبي لبنها؛ لأنه يضر الصبي.

وكذا لو كانت سارقة أو فاجرة.

بخلاف ما إذا كانت كافرة؛ لأن كفرها من اعتقادها، ولا يضر ذلك للطفل.

وفي «البزازية»: لو استأجر مطلقته الرجعية أو امرأته لإرضاع ولده.. لا أجر لها.

والمعتدة من بائن أو ثلاث.. في ظاهر الرواية: تستحق.

وفي رواية: لا.

استأجر الرجل أمه أو بنته أو أخته لإرضاع ولده.. جاز، وكذا كل [٥٠٦/أ] ذات رحم محرم.

استأجر معتدته بعد انقضاء عدتها.. جاز، ثم تزوجها.. لا يرتفع.

مسلمة ترضع ولداً لكافر بالأجر.. جاز.

وَفَسَدَ اسْتِئْجَارُ حائكٍ لينسجَ لَهُ غزلاً بنصفِهِ.
أَو حماراً لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ طَعَاماً بقفيزٍ مِنْهُ.
أَو ثَوْراً ليطحنَ لَهُ برّاً بقفيزٍ مِن دقيقهِ.

استأجر مدبرته للإرضاع أو للخدمة أو للطبخ أو لعمل آخر.. لا يجوز.

(**وفسد استئجار حائك لينسج له غزلاً بنصفه، أو حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه، أو ثوراً ليطحن له برّاً بقفيز من دقيقه**)؛ لأن النبيﷺ نهى عن قفيز الطحان، وهو: أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها.

ومسألة الحائك وحمل الحمار: في معناه؛ في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله، وهو المعنى في النهي عن قفيز الطحان؛ لأن المستأجر لا يقدر على تسليم الأجرة؛ لأنها بعض عمل الأجير، فلا يحصل إلا بعمله، والشخص لا يقدر بقدرة غيره.

والحيلة في جوازها: أن يشترط: ذراع ثوب مطلقاً، أو قفيزاً مطلقاً، من غير أن يشترط أنه من الثوب المنسوج أو من المحمول على الدابة أو من المطحون.. فيجب في ذمة المستأجر، ثم يعطيه منه.

ومشايخ بلخ: جوزوا نسج الثوب ببعض المنسوج، وحمل الطعام ببعض المحمول؛ للتعامل بينهم، وقالوا: إن القياس قد يترك بالعرف كالاستصناع؛ فإنه تُرِكَ فيه القياس؛ للتعامل، فترك فيهما أيضاً القياس على مسألة قفيز الطحان: للعرف.

ولئن قيل: إن عدم جوازهما ليس بالقياس عليهما، بل بدلالة نص النهي عن قفيز الطحان.

قالوا: دلالة النص قد تخصص أيضاً بالعرف، فخصصناه به.

ومشايخنا قالوا: إن القياس والنص: قد يترك ويخص بالعرف العام لا العرف الخاص فيه، والعرف في هاتين المسألتين: خاص ببلدهم لا جميع البلدان؛ كما في الاستصناع.. فلا يترك به القياس، ولا يخص به دلالة النص، على أن الدلالة لا

وَيجبُ أَجرُ الْمثلِ فِي الْكلِّ، لَا يُجَاوزُ الْمُسَمّى.

عموم لها حتى يخص؛ لأن العموم والخصوص من أحوال الألفاظ على ما عرف في الأصول.

(ويجب أجر المثل)؛ أي: بعد العمل (في الكل)؛ أي: في كل من المسائل المذكورة؛ لأن المستأجر استوفى منافعه في كل من الثلاثة بعقد فاسد.. فيجب أجر مثله.

(لا يجاوز المسمى)؛ لأنه رضي بحط الزيادة.

بخلاف ما اشتركا في الاحتطاب، واحتطب أحدهما وجمع الآخر.. فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى - وهو نصف الحطب - هناك غير معلوم.. فلم يصح الحط.

وعند أبي يوسف: لا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك؛ لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك.

وأما إذا احتطبا معاً وجمعا معاً [٥٠٦/ب].. فهما شريكان على السواء.

وبخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر؛ حيث لا يجب له الأجر أصلاً: لا المسمى، ولا أجر المثل؛ لأن المستأجر ملك الأجير أجرته في الحال بالتعجيل؛ لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل: يوجب الملك في الأجرة على ما مر، فصار المؤجر حاملاً طعاماً مشتركاً بينهما.

ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما.. لا يجب الأجر أصلاً على ما سيأتي بيانه.

والأصل ههنا: أن المستأجر متى جعل المنسوج والمحمول والمطحون كله لنفسه، وشرط له الأجر من المنسوج والمحمول والمطحون.. فسدت الإجارة للمعنى الذي ذكرناه، فيجب أجر المثل بعد العمل، وهو مسألة الكتاب.

ومتى جعل بعض المنسوج أو المحمول: له، والبعض الباقي أجرة.. بطلت

وَإِن اسْتَأْجرهُ ليخبزَ لَهُ الْيَوْمَ قَفِيزاً بدرهَمٍ.. فسدَ، خلافاً لَهما.

الإجارة، فلا يستحق الأجر أصلاً ولو بعد العمل؛ كالمسألة التي ذكرناها، حتى لو قال: احمل هذا الكر إلى بغداد بنصفه ـ فيما ذكرناه ـ بالنصف الآخر: إشارة إلى هذا.

(وإن استأجره ليخبز له اليوم قفيزاً بدرهم.. فسد) العقد عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأن المعقود عليه: هو العمل ـ على ما يدل عليه ذكره ـ وهو معلوم.. فيصح العقد عليه؛ حتى إذا فرغ منه نصف النهار.. فله الأجر كاملاً، وإن لم يفرغ في اليوم.. فعليه أن يعمل في الغد أيضاً؛ لأن المقصود: هو العمل، وذكر الوقت للتعجيل لا لتعليق العقد به.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر الوقت يدل على أنه هو المنفعة، وذكر العمل يدل على أنه هو العمل، وليس أحدهما أولى من الآخر، والجهالة المفضية إلى النزاع: تفسد العقد، وههنا كذلك؛ لأن نفع المستأجر في الثاني، ونفع الأجير في الأول، فيتنازعان، وجعل ذكر الوقت للتعجيل: تحكم؛ لتفاوت الأغراض، فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة.

فإن قيل: ما الفرق: **بين هذه المسألة وبين ما إذا قال**: إن خطته اليوم.. فلك درهم، وإن خطته غداً.. فلك نصف درهم؛ حيث إن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول، وجعل الوقت للتعجيل على ما سيأتي هو ونظائره.

وكذا بينها وبين ما إذا استأجر رجلاً ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم.. فإنها جائزة بالإجماع.

قلنا: الفرق بينها وبين الأولى: أن نقصان الأجر للتأخير في المسألة الأولى قرينة صارفة للوقت عن حقيقته إلى مجازه ـ وهو التعجيل ـ وليس في مسألتنا قرينة كذلك حتى يراد بها فيها التعجيل.

وبينها وبين الثانية: أن كلمة «على» [٥٠٧/أ]: فيها معنى الشرط؛ فحيث جعله شرطاً.. دل على أن مراده: التعجيل، بخلاف مسألتنا.

وَلَو قَالَ: «فِي الْيَوْم».. صَحَّ اتِّفَاقاً.

وإِنِ اسْتَأْجرَ أَرضاً على أَن يكرِبَها ويزرعَها، أَو يسقيَها ويزرعَها.. صَحَّ.

وعَلى أَن يثنيها أَو يكْرِي نهرَها أَو يُسَرْقِنَها.. لَا يَصحُّ.

(**ولو قال: في اليوم.. صح اتفاقاً**)؛ لأن «في» للظرف، والظروف قد لا تستغرق المظروف؛ فكأنه قال: «إن عملت في بعض اليوم»، وذلك يفيد التعجيل، فكان العمل هو المعقود عليه.

بخلاف قوله: «اليوم»؛ فإن المنفعة تستغرق الوقت.. فتصلح أن تكون معقوداً عليه، وتلزم الجهالة.

(**وإن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها.. صح**) العقد؛ لأن الزراعة تستحق بالعقد، ولا تتأتى إلا بالكراب والسقي، فكانا من مقتضيات العقد، فذكره لا يوجب الفساد.

(**وعلى أن يثنيها**) من الإثناء: وهو أن يعيد الحرث بالحراث بعد الحرث الأول.

وقيل: المراد به: أن يرد الأرض مكروبة.

(**أو يكري نهرها أو يسرقنها.. لا يصح**)؛ لأن هذه شروط لا يقتضيها العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين؛ لبقاء أثره بعد انقضاء المدة، وما هذا شأنه.. يوجب الفساد؛ لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة، فيصير صفقتان في صفقة، وهو منهي عنه.

ثم إن كان المراد بالتثنية: هو المعنى الثاني.. فظاهر أنه ليس من مقتضيات العقد.

وإن كان الأول.. فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة [والمدة] سنة؛ لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض إلا بالكراب مرتين، أو كانت تخرج بالكراب مرة، إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين.. فإنه لا

وَكَذَا الِاسْتِئْجَارُ لِلزِّرَاعَةِ بزراعةٍ، ولِلرُّكوبِ بركوبٍ، ولِلسُّكنى بسُكنى، ولِلُبسٍ بلُبسٍ.

وَإِنِ اسْتَأْجرَ شَرِيكَهُ أَو حِمَارَهُ لحملِ طَعَامٍ هُوَ لَهما.. لَا يلْزمُ الْأَجرُ؛ ...

يفسد العقد به؛ لأن الأول حينئذ: من مقتضياته، والثاني: ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة؛ لعدم بقاء أثره بعد المدة؛ لانقضاء الأثر في السنة الثالثة.

وهل ينقلب العقد صحيحاً بالوفاء بالشرط؟

قلت: لا؛ كما أفتى به مشايخ الإسلام، وبه أفتيت.

وهل تجوز الإجارة بشرط الخيار ثلاثة أيام وأزيد؟

ففي «البزازية»: استأجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. يجوز، وعلى أكثر.. على الخلاف. انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: لا يصح (**الاستئجار للزراعة بزراعة، وللركوب بركوب، وللسكنى بسكنى، وللبس بلبس**)؛ لأن الإجارة جوزت على خلاف القياس للحاجة إليها، ولا حاجة عند اتحاد الجنس؛ لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة، فيبقى على الأصل.. فلا يجوز.

بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة؛ كالركوب واللبس؛ لأن حاجة كل منهما إلى المنفعة التي ليست عنده: باقية.

ثم إذا فسد العقد في الأمور المذكورة.. يجب أجر المثل بعد الاستيفاء في ظاهر الرواية [٥٠٧/ب]، وعن أبي يوسف؛ لأنه لا شيء عليه.

وقال الشافعي: تجوز الإجارة في كلها، ولو بجنسها لأن المنفعة عنده جعلت موجودة بالعقد، فيكون بيع الموجود بالموجود.

(**وإن استأجر شريكه أو حماره**)؛ أي: حمار شريكه (**لحمل طعام هو لهما**)؛ أي: مشترك بينهما (.. **لا يلزم الأجر**)، لا المسمى، ولا أجر المثل؛ لأنه استأجر لحمل نصيبه؛ إذ لا يتصور استئجاره لحمل نصيب شريكه وهو ظاهر، ونصيبه غير معين؛

كراهنٍ اسْتَأْجرَ الرَّهْنَ مِنَ الْمُرْتَهنِ.

لكونه شائعاً؛ فاستئجاره هذا: كان استئجار العمل لا وجود له؛ لأن الحمل؛ لكونه فعلاً حسياً.. لا يقع إلا على معين، وقد عرفت: أن نصيبه غير معين.. فكان المحل معدوماً، وبانعدام المحل: ينعدم الفعل أيضاً، فكان الحمل معدوماً، فبطل استئجاره.

ولأن حامل الشائع ما يحمل جزءاً إلا وهو شريك له فيه، فكان عاملاً لنفسه، فلم يستحق أجراً على غيره؛ لعدم تحقق التسليم إليه.

بخلاف الدار المشتركة؛ فإن المعقود عليه، ثمه: المنفعة، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام فيها؛ فإنه إذا تسلَّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلاً.. وجب عليه الأجر.

وأما المعقود عليه فيما نحن فيه: هو العمل، وتسليمه في الشائع غير متصور.

وبخلاف العبد المشترك؛ فإن المعقود عليه هناك: إنما هو نصيب صاحبه، وهو أمر حكمي يمكن إيقاعه في التابع.

فالضابط هنا: أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشترك.. لا يجب.

وكل موضع لا يكون كذلك [.. يجب][1] كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك.

(**كراهن استأجر الرهن من المرتهن**).. فإنه لا يجوز؛ لأنه ملكه، والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه.

ولأن حقيقة الإجارة: هي تمليك المنافع، ولا يملك تمليكها؛ إذ التمليك من غير المالك: محال، والراهن إنما يتمكن من الانتفاع به من حيث إنه مالك له؛ إذ الملك هو المطلق للتصرف، إلا أنه ممنوع منه لتعلق حق المرتهن؛ فإذا بطل في الإيجار له.. صار منتفعاً به، على أنه ملكه بزوال المانع.

---

(١) زيادة لا بد منها، تم استدراكها من «العناية» (٩/١١٧).

وَإِنِ اسْتَأْجرَ أَرضاً وَلم يَذكُر أَنَّه يَزْرَعُهَا، أَو لم يُبيّنْ مَا يَزْرَعُهَا.. لَا يَصحُّ إِن لم يُعَمِّمْ.

فَإِن زَرعَهَا وَمضَى الْأَجَلُ.. عَادَ صَحِيحاً، وَلهُ الْمُسَمَّى.

وَإِنِ اسْتَأْجرَ حماراً إِلَى مَكَّةَ وَلَم يذكُر ما يحملُ عَلَيْهِ، فَحملَ الْمُعْتَادَ، فنفقَ.. لَا يَضمَنُ، ....

وفي «الحاوي القدسي»: لا يجوز إجارة الرهن من الراهن، ولا من المرتهن، ولا من الأجنبي؛ فإن أجر.. خرج عن كونه رهناً، ولا يعود إليه إلا بعقد جديد. انتهى.

(**وإن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها، أو لم يبين ما يزرعها.. لا يصح إن لم يعمم**)؛ لأنه حينئذ يصير المعقود عليه مجهولاً؛ لأن الأرض كما تستأجر للزراعة.. تستأجر لغيرها أيضاً؛ كالبناء والغرس.

وكذا: ما يزرع فيها: مختلف؛ فمنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره كالذرة والأرز [٥٠٨/أ]؛ فإن ضررهما أكثر من الحنطة والشعير، وجهالة المعقود عليه: تفسد العقد؛ لإفضائها إلى المنازعة، فلا بد من أن يبين أيَّ نوع يزرع فيها، وأي يوم يزرع فيها؛ بأن يقول: على أن يزرع فيها ما شاء؛ لأن لما فوض إليه الخيرة.. ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع.

(**فإن زرعها ومضى الأجل.. عاد صحيحاً، وله المسمى**)، هذا استحسان.

والقياس: أنه لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه وقع فاسداً.. فلا ينقلب جائزاً.

ووجه الاستحسان: أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد، فينقلب جائزاً؛ كما إذا سقط الأجل المجهول قبل مجيئه، والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع، وهما على الخلاف بيننا وبين زفر.

(**وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه، فحمل المعتاد فنفق**)؛ أي: هلك (.. **لا يضمن**)؛ لأن العين أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة؛

وَإِن بلغَ مَكَّةَ.. فَلهُ المسمَّى.

وَإِنِ اخْتَصمَا قبلَ الزَّرْعِ وَالْحملِ.. نُقضتِ الْإِجَارَةُ للْفَسَادِ.

لأن الفاسد معتبر بالصحيح؛ لكونه مشروعاً من وجه؛ لأنه مشروع بأصله دون وصفه.. فلا يضمن ما لم يتعد؛ فإذا تعدى.. ضمن، والأجر عليه؛ كما في الصحيح.

(**وإن بلغ مكة.. فله المسمى**)؛ لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل عليه.

فإذا حمل عليها شيئاً يحمل على مثلها.. تعين ذلك، فانقلب صحيحاً؛ لزوال الموجب للفساد.

(**وإن اختصما قبل الزرع**)؛ أي: في إجارة الأرض (**والحمل**) في إجارة الدابة (.. **نقضت الإجارة؛ للفساد**)؛ أي: دفعاً للفساد؛ لأن الفساد قائم قبل أن ترفع الجهالة بالتسليم بالزرع والحمل.

ولو استأجر دابة، ثم جحد الإجارة في بعض الطريق.. وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف؛ لأنه بالجحود صار غاصباً، والأجر والضمان لا يجتمعان.

وقال محمد: يجب الأجر كله؛ لأنه سلم من الاستعمال، فسقط الضمان؛ كذا في «الزيلعي».

وقال في «البزازية»: استأجر دابة ليطحن بها كل [يوم][1] بدرهم؛ إن بيّن ما يطحنه.. يجوز، وإلا.. ذكر شمس الأئمة: الجواز، وشيخ الإسلام: عدمه حتى يبين ما يطحن، وبه يفتى.

اكترى من خوارزم إلى بغداد دابة للحج عليها، ثم تنازعها في وقت الخروج.. يؤخذ بقول مريد الخروج في الوقت المعتاد الذي يخرج فيه أهل خوارزم.

* * *

---

(١) زيادة من «البزازية» (٦/٤٩).

(فَصْلٌ)

الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ: مَن يعْملُ لغيرِ وَاحِدٍ، ....

(فَصْلٌ)

(الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد)

اعلم: أن الأجراء على نوعين:

أجير مشترك، وأجير خاص ويقال له أجير وحد أيضاً.

واختلفت عباراتهم في تعريفهما.

قال بعضهم:

الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد [٥٠٨/ب].

والأجير الخاص: من يعمل لواحد.

وقال الشارح الزيلعي: معنى قولهم: «من يعمل لغير واحد»: من لا يجب عليه أن يختص بواحد؛ عمل لغيره أو لم يعمل، ولا يشترط أن يكون عاملاً لغير واحد بالفعل، بل إذا عمل لواحد أيضاً.. فهو أيضاً مشترك؛ إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره أيضاً.

وقال بعضهم:

الأجير المشترك: من يتقبل العمل من غير واحد.

والأجير الخاص: من يتقبل العمل من واحد.

وهو قريب من الأول.

وقال بعضهم:

الأجير المشترك: من يكون عقده وارداً على عمل معلوم.

والأجير الخاص: من يكون عقده وارداً على منافعه في مدة أو مسافة معينة.

توضيح هذا القول: ما ذكره الكرخي: كل من يستحق الأجر بعمله دون تسليم نفسه.. أجير مشترك؛ كالقصار والصباغ والخياط.

وكل من يستحق الأجر بالوقت دون العمل.. فهو أجير خاص؛ كرجل استأجر رجلاً ليخدمه شهراً بخمسة دراهم، أو كل شهر بخمسة دراهم، أو ليقصر معه أو ليخيط معه [أو ليعمل عملاً من الأعمال][1] سماه كل شهر بكذا أو كذا.

حاصله: أن العقد في الأجير المشترك: إنما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس.

وفي الأجير الخاص: يقع على تسليم النفس في المدة المعلومة أو المسافة المعلومة، لا على تسليم العمل.

وقال القدوري:

الأجير المشترك: من لا يستحق الأجر حتى يعمل.

والخاص: من يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل.

واعترض عليه:

بأن هذا التعريف دوري؛ لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك والخاص.. فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف، فيلزم الدور.

وبأنه تعريف بالمفرد؛ لأن قوله: «من لا يستحق الأجر حتى يعمل»: مفرد، والتعريف بالمفرد.. لا يصح عند المحققين.

وأجيب عن الأول: بأنه قد علم من قبل في باب من يستحق الأجر: أن بعض الإجراء يستحق الأجرة بالعمل.. فلم تتوقف معرفة المعرف على معرفة المعرف، فلا دور. تأمل.

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/١٣٤).

وَلَا يسْتَحقُّ الْأجرَ حَتَّى يعْملَ؛ كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ.

وعن الثاني: بأنه تعريف لفظي، فلا يضر كونه مفرداً.

إذا عرفت هذا.. فالمصنف عرفه أولاً بقوله: «من يعمل لغير واحد»، ثم جعل ما ذكره القدوري حكماً من أحكامه، وعطف على تعريفه فقال: (**ولا يستحق الأجر حتى يعمل**)، وهذا لما ذكرناه آنفاً: أن عقده انعقد على العمل، لا على تسليم نفسه.

ثم مثله بقوله: (**كالصباغ والقصار**)، وكذا النحَّاس والدلال؛ كذا في «العمادية» نقلاً [٥٠٩/أ] عن «التجريد».

وكذا: الخياط: أجير مشترك على ما في «العمادية» أيضاً.

وأما الراعي والبقار.. ففي «قاضي خان» و«العمادية» و«الفصولين»: ذكر محمد: إذا استأجر راعياً أو بقاراً؛ لو قال: استأجرتك لترعى غنمي هذه السنة، كل شهر بكذا.. يكون الراعي والبقار أجيراً مشتركاً.

إلا إذا صرح بما هو حكم أجير وحد؛ بأن قال: على أن ترعى معها غنم غيري.. فحينئذٍ يكون أجير وحد.

ولو أورد العقد على المدة أولاً بأن قال: استأجرتك شهراً بكذا لترعى غنمي.. كان أجير وحد.

إلا أن يذكر بعدُ ما هو حكم الأجير المشترك؛ بأن قال: على أن لك أن ترعى مع غنمي غنم غيري.. فحينئذٍ يصير أجيراً مشتركاً، ويتغير أول كلامه بآخره.

ثم قال: وكذا الحكم في حق من كان في معنى الراعي.

ثم على تقدير كون الراعي أجير وحد؛ لو ماتت من الأغنام واحدة.. لا يضمن، ولا ينقص من الأجر شيء فيما لو ماتت الأغنام كلها.

وعلى تقدير كونه أجيراً مشتركاً؛ لو ماتت من الأغنام غنم.. لا يضمن عندهم جميعاً.

ثم الأجير الخاص: قد يكون لواحد، وقد يكون لاثنين أو ثلاثة.

وَالْمَتَاعُ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ لَا يُضمنُ إن هَلَكَ وَإن شَرطَ ضَمَانَهُ وبِهِ يُفْتَى.
وَعِنْدَهُمَا: يُضمنُ إن أَمكَن التَّحَرُّزُ مِنْهُ؛ كالغصبِ وَالسَّرِقَةِ.
بِخِلَافِ مَا لَا يُمكنُ كالموتِ، والحريقِ الْغَالِبِ، والعدوِّ المكابرِ.

فإن كان لواحد.. لا يضمن ما هلك في يده إلا بالتعدي والخلاف.

وإن كان لاثنين أو ثلاثة.. يضمن ما هلك في يده مطلقاً، على ما سيأتي تفصيله.

واختلفوا في حارس الخان والحمام والسوق بأجر.

قيل: إنه أجير مشترك.

وقيل: إنه أجير خاص.

وفي «العمادية»: وهو الصحيح، وعليه الفتوى.

والصانع والنجار والبناء والعلَّاف والوراق والنساج والطباخ والملاح والحداد والجمال والطحان والمكاري: كلها أجير مشترك.

(والمتاع في يده)؛ أي: أبيض يد الأجير المشترك: **(أمانة، لا يُضمن إن هلك وإن)** وصلية **(شرط ضمانه. وبه)**؛ أي: بعدم الضمان **(يفتى)**، وهو المروي عن علي، وهو قول أبي حنيفة وزفر والحسن.

قالوا: إنه لا يضمن؛ سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه، أو لا يمكن التحرز عنه، وهو القياس.

قال في الفصل الثاني عشر من إجارة «الخلاصة»: الأجير المشترك؛ كالقصار وغيره إذا ادعى رده على الآجر.. لا يصدق إلا ببينة، كذا روى هشام عن محمد.

وهذا الجواب مستقيم على قول من يرى يد الأجير المشترك يد ضمان؛ فأما من يرى يده يد أمانة ـ وهو أبو حنيفة ـ يقبل قوله كالمودع. انتهى.

(وعندهما)، وهو المروي عن عمر: **(يضمن إن أمكن التحرز منه؛ كالغصب والسرقة، بخلاف ما لا يمكن)** [٥٠٩/ب] التحرز عنه؛ **(كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر)** والغارة الغالبة.

وَيضمنُ مَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ اتِّفَاقاً؛ كتخريقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ، ....

ولأجل اختلاف الصحابة والتابعين.. اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف، وأفتيت به مراراً.

قال في «العمادية» نقلاً عن إجارات «الجامع» عن أبي بكر: أنه إذا شرط على الأجير المشترك أن يضمن؛ لو هلك عنده.. يضمن في قولهم جميعاً.

وإنما لم يضمن عند أبي حنيفة: إذا لم يشترط عليه الضمان.

وأما إذا شرط عليه ذلك.. يضمن.

وقال الفقيه أبو جعفر: الشرط وغير الشرط سواء؛ لأن اشتراط الضمان على الأمين: باطل، وبه نأخذ. انتهى. ولهذا اختاره المصنف.

(ويضمن ما تلف بعمله اتفاقاً كتخريق الثوب من دقه).

وذكر في «العمادي» نقلاً عن «العيون»: لو دفع إلى القصار ثوباً ليقصره له بدانق، فجعل يدقه القصار، فاستعان برب الثوب على على دقه، فدقه معه فتخرق الثوب.. قال محمد: إذا لم يعلم من أيهما تخرق.. فالضمان على القصار؛ لأنه في يده.

وذكر الكرخي في «مختصره»: روى بشر عن أبي يوسف: القصار إذا استعان بصاحب الثوب أن يدق معه ففعل وتخرق، ولا يدرى من أي الدقين تخرق وقد كان صحيحاً قبل الدق.. فعلى القصار نصف القيمة.

وقال ابن سماعة عن محمد: يجب كل الضمان على القصار؛ حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه.

اعتبر أبو يوسف: حالة الشك من أيهما.

ومحمد: اعتبر قبض القصار.

وقال صاحب «الذخيرة»: على قول أبي حنيفة: «يضمن».. ينبغي أن لا يضمن القصار أصلاً، ما لم يعلم أنه تخرق من دقه؛ لأن يد الأجير المشترك: يد أمانة عنده، ويد ضمان عندهما.

أو يكون قوله كقول أبي يوسف؛ اعتباراً للأحوال.

وإذا لم يتخرق الثوب.. هل يسقط من الأجر مقدار ما يخصه من عمل المالك؟

قيل: إنه يسقط.

وقيل: لا يسقط.

والصحيح: هو الأول، واختاره شمس الأئمة.

وكذا: لو جاء صاحب الثوب وخاط بعضه مع الخياط، ونسج بعض ثوبه مع النساج.. فإنه يسقط من الأجر بقدر عمله على الصحيح.

ولو جفف القصار الثوب، فمرت به حمولة فمزقته.. لا ضمان عليه عند أبي حنيفة؛ لأن الهلاك لم يكن من فعله.

وعندهما: يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه.

هذا في دق القصار نفسه.

وإذا دق أجير القصار ثوباً من ثياب القصار فخرقه، أو عصره فتخرق.. لا ضمان عليه؛ لأن أجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمله المأذون فيه.

إلا أن يخالف [٥١٠/أ]؛ لأنه أجير وحد في حق القصار، ولم يخالف، والأستاذ ضامن؛ لأن عمل الأجير منقول إليه؛ لأنه عمل بإذنه.

وإن وطئ ثوباً فتخرق؛ إن كان ثوباً يوطئ مثله.. لا ضمان عليه بذلك؛ لأنه مأذون فيه من جهة الأستاذ دلالة.

وإن كان لا يوطئ مثله.. يضمن سواء كان الثوب ثوب قصارة أو لم يكن؛ لأنه غير مأذون بوطئ ما لا يوطئ مثله من جهة الأستاذ.

ولو حمل شيئاً في بيت الأستاذ بإذنه، فسقط على ثوبه فتخرق؛ إن كان من ثياب القصارة.. لا يضمن الأجير، ويضمن الأستاذ.

وإن لم يكن من ثياب القصارة.. يضمن الأجير.

وفي الوطئ.. يضمن في الحالين إذا كان مما لا يوطئ مثله.

تلميذ القصار أو أجيره الخاص إذا أوقد نارا بأمر الأستاذ للسراج، فوقعت شرارة على ثوب.. لا ضمان على الأجير والتلميذ؛ إنما الضمان على الأستاذ.

وإن لم يكن من ثياب القصارة.. ضمن الأجير.

أجير القصار إذا انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب، فوقعت على ثوب فتخرق:

إما أن انفلتت أولاً على الثوب قبل أن تقع على الخشبة التي يدق عليها، أو انفلتت بعدما وقعت على الخشبة.

ففي الوجه الأول: يجب الضمان على أجير القصار.

وفي الوجه الثاني: يجب الضمان على القصار.

قصار شمَّس ثوب القصارة فاحترق.. كان ضامناً.

وكذا إذا عصر الثوب فتخرق.

وإن فعل ذلك تلميذ القصار ولم يتعمد الفساد.. لا يضمن هو، ويضمن الأستاذ.

والحاصل: أن تلميذ القصار وسائر الصنائع وأجيرهم.. لا ضمان عليهم، إلا إذا تعدوا فيه، وفيما لم يتعدوا فيه.. يضمن الأستاذ، ولا يرجع عليهم.

ومن هنا قالوا: قصار سلم ثياب القصارة إلى أجيره ليشمسها في المقصرة ويحفظها، فنام الأجير، ثم رجع بالثياب وقد ضاع منها خمس قطع، ولا يدري كيف ضاعت ومتى ضاعت.. ينظر.

إن لم يعلم أنه ضاع في حال نومه.. فالضمان على القصار دون الأجير؛ لعدم تحقق التعدي من الأجير.

وإن علم أنه ضاع في حال نوم الأجير.. فالأجير ضامن؛ لتعديه بترك الحفظ الواجب عليه.

وقيل: إن شاء صاحب الثوب.. ضمن القصار في الوجهين جميعاً؛ أخذاً بقول الإمامين في الأجير المشترك.

وأما على قول أبي حنيفة: لا ضمان على القصار فيه؛ لأن الهلاك لم يكن من عمله.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

قصاران يتقبلان الثياب من الناس، فترك [٥١٠/ب] أحدهما العمل ودفع الثياب إلى الآخر وذهب، فضاع شيء.. لا يضمن الثاني، ولا الأول بالدفع إلى الثاني.

بخلاف ما إذا كان الأول مودعاً.. يضمن بالدفع إلى غيره إذا ضاع؛ لأن القصارين شريكان، فكان أخذ أحدهما: كأخذ صاحبه.

بخلاف المودع مع الغير.

ولو رهن القصار ثوب القصارة بدين عند رجل، ثم افتكه وقد أصاب الثوب نجاسة عند المرتهن، فلما نظر إليه صاحب الثوب.. كلف القصار بتطهير الثوب وإزالة النجاسة، فامتنع القصار عن ذلك فتاجرا، وترك الثوب عند القصار، فهلك الثوب عنده.. قالوا:

إن كانت النجاسة لا تنقص قيمة الثوب.. لا شيء على القصار؛ لأنه وإن صار مخالفاً بالرهن؛ إلا أنه لما افتكه.. فقد ارتفع الخلاف وعاد إلى ما قبل الخلاف؛ فإذا خلى القصار بينه وبين المالك.. خرج من الضمان، والنجاسة إذا لم تنقص قيمة الثوب.. لا يعتبر.

وإن كانت النجاسة تنقص قيمة الثوب.. كان على القصار ضمان النقصان، ويهلك الثوب أمانة؛ لأنه خرج عن ضمان الثوب بالتخلية.

قصار وضع الثوب على إلجب في الحانوت، وأقعد ابن أخيه ليحفظ الحانوت، وغاب القصار، فدخل ابن أخيه الحانوتَ الأسفل، فطر الطرار الثوب.. قالوا:

إن كان الحانوت الأسفل بحال لو دخل إنسان لا يغيب عن بصره الموضع الذي كان فيه الثوب.. لا يجب الضمان.

وإن كان بحال لو دخله إنسان يغيب عن بصره الموضع الذي كان فيه الثوب.. ينظر:

- **إن كان الصبي الذي أقعده القصار ضمَّه إلى القصارِ أبوه أو أمه أو وصيه**، أو لم يكن له أحد من هؤلاء ولكن القصار ضمه إلى نفسه.. فالضمان على الصبي؛ لأنه ضيع بترك الحفظ الواجب عليه، ولا ضمان على القصار؛ لأن له أن يحفظ الثوب بيد ذلك الصبي، كذا ذكره «العمادي» نقلاً عن «فتاوى أبي الليث»، وهكذا ذكره الإمام «قاضي خان» في «فتاواه».

ثم قال: وهذا الجواب إنما يستقيم إذا كان الصبي مأذوناً؛ لأن الصبي المأذون يؤاخذ بضمان تضييع الوديعة؛ أما إذا كان محجوراً.. فإنه لا يؤاخذ باستهلاك الوديعة؛ كما لو دل سارقاً على الوديعة.. فإنه لم يضمن إذا كان محجوراً.

فإذ كان هذا الصبي مأذوناً.. كان الضمان عليه، وإلا.. فلا.

- **وإن لم يكن الصبي منضماً إليه** من جهة من ذكر، ولم يكن في عيال القصار، ولا تلميذاً له، ولا أجيراً له، إلا أن القصار [٥١١/أ] أخذ بيده وأقعده حافظاً للحانوت.. فالضمان على القصار؛ لأنه لما استحفظ من ليس في عياله.. يصير مستهلكاً.

دفع ثوبه إلى قصار ليقصره، فدفعه إلى آخر، فهلك في يد الثاني:

وزَلَقِ الْحَمَّالِ، ....

فإن شرط الأول أن يقصره بنفسه.. يضمن بالدفع إلى غيره.

وإن لم يشترط أن يقصره بنفسه.. لا يضمن بالدفع إلى غيره.

رجل دفع ثوباً إلى قصار، ثم أمر رجلاً أن يقبض الثوب من القصار، فدفع إليه القصار غير ذلك، فهلك الثوب في يد الوكيل.. فهل يضمن الوكيل؟

قالوا: لا شيء على الوكيل، ولرب الثوب أن يتبع القصار بثوبه، كذا في «العمادي».

وتعقبه الإمام قاضي خان: بأن عدم وجوب الضمان على الوكيل مشكل إذا كان الثوب الذي دفع إليه القصار ثوب غيره؛ لأنه أخذ ثوب إنسان بغير أمره.. فيضمن بالهلاك وظن أنه له: ليس بعذر؛ لأن الجهل في ذلك ليس بعذر.

فإن كان الثوب الذي دفعه القصار إلى الرسول ثوب القصار.. لا يضمن الرسول بالهلاك.

وإن كان ثوب غير القصار.. فعلى الرسول الضمان، ولصاحب الثوب الخيار: إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول.

فإن ضمن القصار.. لا يرجع على الرسول.

وإن ضمن الرسول.. يرجع على القصار. الكل في «العمادي».

(**وزلق الحمال**)، ذكر في «الأصل»: لو استأجر حمالاً ليحمل له دن خل، فعثر وانكسر، أو سقط من رأسه فانكسر.. يضمن؛ لأنه تولد من عمله وهو العثار والزلق.

لكن هذا فيما إذا انكسر في وسط الطريق قبل الوصول إلى المكان المشروط.

أما إذا سقط من رأسه وزلق رجله بعد وصوله إلى المكان المشروط وانكسر الدن.. فلا ضمان عليه، وله الأجر؛ لأنه حينئذ انتهى إلى المكان المشروط، ولم يبق الحمل مضموناً عليه؛ لأنه صار مسلماً إلى صاحبه، حتى لا يستحق الحبس للأجر،

فله الأجر الكامل، ولا ضمان عليه؛ لأن المتولد من عمل غير مضمون.. لا يكون مضموناً.

بخلاف القصار إذا قصر الثوب وهلك عنده.. لا يضمن الثوب، ولا يكون له الأجر؛ لأن عمل القصار إنما يكون لصاحب الثوب إذا سلم الثوب إليه ولم يوجد، ولا كذلك الحمال إذا هلك الدن في يده بعد الحمل؛ لأن الحمل وقع مسلماً إلى صاحب الدن، ولهذا لا يملك حبسه للأجر.

ولو انكسر الدن في وسط الطريق من غير عمله؛ بأن أصابه حجر من مكان، أو وقع عليه حائط، أو كسره رجل وهو على رأسه.. فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يضمن إذا هلك [٥١١/ب] بأمر يمكن الاحتراز عنه؛ بناء على اختلافهم في الأجير المشترك.

ولو استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً إلى مكان مسمى بدرهم، فحمله إليه، ثم رده إلى ذلك المكان الذي حمله منه.. يسقط الأجر عندنا.

خلافاً لزفر؛ لأن الطعام بالوصول إلى المكان المسمى: صار مسلماً إلى صاحبه حكماً، ثم برده إلى المكان الأول.. صار غاصباً؛ كما لو سلمه إليه حقيقة ثم أخذه منه، ولا أجر على الغاصب.

لو حمل متاعاً على حمال، وصاحب المتاع يمشي معه، فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد.. فهو ضامن؛ لأنه من جناية يده.

بخلاف ما لو حمل صاحب الزق والمتاع مع الحمال ليضعاه على رأس الحمال فوقع فتخرق الزق أو المتاع.. لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إليه المتاع؛ لأنه في يد صاحبه بعد، ولا ضمان على الحمال بدون التسليم. كذا روي عن أبي يوسف.

وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ المُكَارِي، ....

بخلاف ما إذا سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه.. لا يضمن؛ لعدم التعدي منه، ويد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد. كذا روي عن أبي يوسف.

وعند أبي حنيفة: لا يضمن أيضاً وإن لم يكن صاحب المتاع معه.

وبخلاف ما لو حمله الحمال، ثم وضعه في بعض الطريق، ثم أراد رفعه فاستعان برب المتاع فرفعاه يضعانه على رأس الحمال، فوقع المتاع وتخرق.. فالحمال ضامن؛ لأنه صار في ضمانه حين حمله ولم يبرأ منه بعد؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه.

ولو حمله الحمال ودنى بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال مع صاحب المتاع والزق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وتخرق.. فاختلف فيه:

قال أبو حنيفة: يضمن، وهو قول محمد أولاً؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه بعد.

ثم رجع محمد وقال : لا يضمن؛ لأن المتاع وصل إلى صاحبه.

وقال الفقيه أبو الليث: القياس: أن يضمن الحمال النصف؛ لأن الهلاك وقع من فعلهما.

وكثير من مشايخنا أفتوا به.

ولو انشقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها.. قال أبو بكر: ضمن الحمال؛ كما إذا انقطع حبله.

وقال الفقيه أبو الليث: في قياس قول أبي حنيفة: لا يضمن، وليس هذا مثل انقطاع الحبل؛ لأن ثمة التفريط كان من قبل الحمال؛ حيث شد الحمل بحبل واهٍ، وههنا: التقصير جاء من قبل رب الحقيبة، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

(**وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري**)؛ لأن الهلاك حصل من تقصيره؛ حيث شد الحمل بحبل واهٍ.. فيضمن؛ سواء كان صاحب المتاع يسير معه خلف الدابة، أو لم يسر؛ لما في «العمادية» نقلاً عن «الذخيرة»: إذا عثرت الدابة المستأجرة، وسقط

المتاع وهلك وصاحب [٥١٢/أ] المتاع يسير معه خلف الدابة.. فالأجير يضمن؛ لأن الهلاك حصل من جناية يده، ومحل العمل سلم إليه؛ لأنه سلم المتاع إليه، وسيره معه خلف الدابة: ليس باسترداد لما دفع إليه.

ألا ترى أنه بهذا السير غير متمكن من الدابة؛ فكيف يتمكن مما عليها.

وكذا: يضمن المكاري بعثار الدابة، على ما صرح به في «الفتاوى»، فقال في «العمادية»: ولو كان على الدابة مملوك صغير لرب المتاع، فعثرت الدابة، فوقعا، فمات المملوك وفسد الحمل.. يضمن الحمل، ولا يضمن المملوك؛ لأن الدم مما لا يضمن بالعقد، على ما سيصرح به في الكتاب أيضاً.

بخلاف المتاع.. فإنه يضمن بالعقد.

ثم إنما يضمن المتاع.. إذا كان المملوك مما لا يصلح للحفظ؛ فإن كان يصلح لحفظ المتاع.. لا يضمن الأجير المتاع أيضاً؛ لأنه في يد العبد، ويد العبد: يد المالك، فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى.

هذا كله فيما إذا لم يكن رب المتاع مع الأجير، وإلا.. فلا ضمان عليه؛ فإنهم قالوا: لو كان رب المتاع والمكاري راكبين على الدابة المستأجرة أو سائقين أو قائدين، فعثرت الدابة وهلك المتاع الذي عليه.. لا ضمان على المكاري؛ كما لو سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه.. فلا ضمان على الحمال على ما تقدم؛ لأن يد صاحب المتاع قائم على المتاع.

وكذلك القطار إذا كان عليها حمولة ورب الحمولة على بعير.. فلا ضمان على الأجير.

ولو دفع حملاً إلى مكار ليحمله إلى موضع كذا، وشرط عليه أن يسير ليلاً، وصاحب الحمل معه يسيران ليلاً، فضاعت الدابة مع الحمل؛ إن كان المكاري ضيع

وغَرَقِ السَّفِينَةِ مِن مَدِّها.

لَكِن لَا يضمنُ بِهِ الْآدَمِيَّ مِمَّن غرقَ فِي السَّفِينَةِ، أَو سقطَ مِنَ الدَّابَّةِ.

بترك الحفظ.. ضمن، وإن ضاعت من غير تضييعه.. لم يضمن عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

قالوا: وينبغي أن لا يضمن إذا كان رب المتاع معه بلا خلاف.

قال الأستروشي: قلت: لا أدري ما الدليل على عدم الضمان، بل الروايات صريحة في وجوب الضمان هنا بالإجماع.

(**وغرق السفينة من مدها**) أي: مد السفان السفينة؛ لأنه أجير مشترك، فيضمن بالتعدي.

قال في «الصغرى»: إذا غرقت السفينة؛ إن كان من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها من غير مد الملاح وفعله.. لا يضمن بالاتفاق.

وإن كان بفعله:

إن خالف؛ بأن جاوز المعتاد.. يضمن بالإجماع.

وكذا إذا لم يجاوز المعتاد عندنا؛ لأنه أجير مشترك، فيضمن بجناية يده.

فكلام المصنف: يحتمل الصورتين: ما يتجاوز المعتاد وما لا يتجاوز.

وإن دخل الماء السفينة فأفسد المتاع؛ إن كان بفعله [٥١٢/ب] ومده.. يضمن عندنا.

وإن كان لا بفعله؛ إن لم يمكن التحرز عنه.. لا يضمن إجماعاً.

وإن أمكن التحرز عنه.. لا يضمن عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

وهذا كله إذا لم يكن رب المتاع أو وكيله في السفينة، وإلا.. لا ضمان عليه أصلاً إذا لم يخالف؛ بأن لم يجاوز المعتاد.

(**لكن لا يضمن**) السفان (**به**)؛ أي: بغرق السفينة (**الآدمي ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة**) وإن كان غرقه وسقوطه من يد ملاح السفينة، ومن سوق

وَلَا يَضْمَنُ فَصَّادٌ وَلَا بزّاغٌ لم يجُاوزِ الْمُعْتَادَ.

المكاري الدابة أو قوده؛ لأن الآدمي لا يجب ضمانه بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان من الجناية، وبالمد والسوق والقود.. لم يقصد الجناية عليه.

قيل: هذا إذا كان الآدمي كبيراً ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده، وإلا.. فهو كالمتاع.

والصحيح: هو الأول، كذا في «الزيلعي».

(**ولا يضمن فصاد، ولا بزاغ**)، وكذا الحجام ولم يذكره؛ اكتفاء بذكر الفصاد؛ لاتحادهما في الحكم.

البزاغ بالنسبة إلى الحيوان: مثل الحجام بالنسبة إلى الإنسان.

(**لم يجاوز المعتاد**)؛ إذ لو تجاوز المعتاد.. ضمن للجناية يده، وإنما لم يضمن فيما لم يتجاوز؛ لأنه التزم بالعقد، فصار واجباً عليه، والفعل الواجب: لا يجامع الضمان؛ كما إذا حد القاضي أو عذر فمات المضروب من ذلك الضرب.. لم يضمن، ولأن ضمان الفصد والبزغ ضمان سراية؛ لأن الهلاك لم يكن مقارناً، وإنما هو بالسراية بعد تسليم العمل وليس على هؤلاء ضمان السراية إذا لم يتجاوزوا المعتاد المأذون فيه؛ لأن التحرز عن السراية غير ممكن؛ لأنها تبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم، وما هو كذلك: مجهول، والاحتراز عن المجهول غير ممكن.

حتى لو شرط على هؤلاء السليم الصحيح من العمل دون الساري المفسد.. لا يصح الشرط، ولا يفيد التقييد؛ لأنه ليس في وسعهم ذلك.

بخلاف دق الثوب ونحوه؛ لأن الهلاك مقارن بعمله ـ أعني: الدق ـ قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار، والتحرز عنه ممكن؛ لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالنظر والاجتهاد.. فيصح التقييد بالشرط ويفيد.

وَلَو انكسَرِ دَنٌّ في طَرِيقِ الْفُرَاتِ.. ....

والختَّان: مثل القصار والبَّزاغ.

واعلم: أنه علم مِن تقييده بقوله: «لم يجاوز المعتاد»: أنه أن تجاوز المعتاد.. يضمن كما ذكرناه، لكن لم يعلم منه قدر الضمان على تقدير الحياة والموت.. قالوا: إن قدر الضمان بحسب قدر التجاوز منه، حتى أن الختَّان إذا ختن فقطع الحشفة؛ إن برئ.. ضمن كمال الدية؛ لأن [٥١٣/أ] الحشفة عضو مقصود لا ثاني له في النفس، فيتقدر بدله ببدل النفس؛ كما في قطع اللسان.

وإن مات.. فعليه نصف بدل نفسه؛ أي: نصف الدية؛ لأنه لما مات.. فقد حصل تلف النفس بفعلين:

أحدهما: مأذون فيه، وهو قطع الجلدة.

والآخر: غير مأذون فيه، وهو قطع الحشفة.. فكان ضامناً نصف بدل النفس.

فإن قيل: التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب، وقد انتفى ذلك؛ لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة، فكان كقطع اليد مع جزر الرقبة.

أجيب: بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً، وأن لا يقع، والتفاوت غير مضبوط.. فكان هدراً، بخلاف الجز؛ فإنه لا يحتمل أن لا يقع إتلافاً.

ثم اعلم: أن ما ذكره المصنف في الحر لا في الرق؛ لأنه يضمن العبد بالقصد بدون إذن المولى وإن لم يجاوز المعتاد؛ لأنه قال في «العمادية»: سئل صاحب «المحيط» عن فصاد جاء إليه غلام، وقال افصدني، ففصد فصداً معتاداً، فمات من ذلك السبب.. قال: يضمن الفصاد قيمة العبد، ويكون على عاقلة الفصاد؛ لأنه خطأ.

وكذلك الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد.

(**ولو انكسر دن في طريق الفرات**)؛ أي: من استأجر حمالاً ليحمل له دنا فوقع

فللمالكِ أَن يُضَمِّنهُ قِيمَتَهُ: فِي مَكَانِ حَملِهِ وَلَا أجرَ، أَو فِي مَكَانِ كَسرِهِ وَلهُ الْأجرُ بِحِسَابِهِ.

والأَجيُر الْخَاصُّ: من يعْملُ لوَاحِدٍ، ويُسمَّى أَجِيرَ وَحدٍ.

وَيسْتَحقُّ الْأجرَ بِتَسْلِيمِ نَفسِهِ مدَّتَهُ؛ ....

في بعض الطريق فانكسر (.. **فللمالك أن يضمنه قيمته في مكان حمله**)؛ أي: المكان الذي حمله منه (**ولا أجر**) للحمال.

(**أو في مكان كسره، وله الأجر بحسابه**).

وإنما وضع المسألة في الفرات؛ لأن الدنان كانت تباع هناك في الفرات، وهو وضع محمد في «الجامع الصغير».

ثم وجوب الضمان عليه: لأنه أجير مشترك، وقد تلف المتاع في يده بصنعه؛ كما في تخريق الثوب بالدق.

وأما الخيار بين المكانين، مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة، بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر.. لأن المال عنده أمانة في يد الأجير المشترك؛ فإذا كان أمانة.. وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه؛ لأنه إذا انكسر في بعض الطريق والحمل شيء واحد.. تبين أنه وقع تعدياً من الابتدأ من هذا الوجه، ومن حيث إن ابتداء الحمل حصل بإذنه.. لم يكن تعدياً.

وإنما التعدي عند الكسر.. فيختار أي الجهتين شاء؛ فإن اختار الوجه الثاني.. فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل، وإن اختار الوجه الأول.. فلا أجر له [٥١٣/ب]؛ لأنه ما استوفى أصلاً باعتبار هذا الوجه.

(**والأجير الخاص: من يعمل لواحد**) وقد تقدم منا بعض ما يتعلق بتعريفه في الأجير المشترك.

(**ويسمى: أجير وحد أيضاً**)؛ لأنه يعمل لواحد لا لغيره.

(**ويستحق الأجر بتسليم نفسه مدته**)؛ أي: مدة العقد؛ لأن تسليم النفس هو

كَمَنِ اُسْتُؤْجِرَ للْخدمَةِ سنةً، أَو لرعيِ الْغَنَمِ.

المعقود عليه في الأجير الخاص، وإذا وجد.. يستحق الأجر وإن لم يعمل؛ لأن العمل؛ أي: تسليم المنفعة ليس بمعقود عليه، حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض الحسي أو المطر أو نحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل.. لا يستحق الأجر.

والحقيقة: أن الأجير الخاص متى سلم نفسه.. استحق المستأجر منافعه، فاستحق الأجير في مقابلته الأجر وإن نقض العمل، بخلاف الأجير المشترك؛ فإنه لا يستحق الأجر بنقض عمله؛ لما ذكره في «العناية» نقلاً عن محمد: في خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب.. فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لو أجبر عليه.. أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل.

وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب.. فعليه أن يعيد العمل؛ لأنه لما فتق الثوب.. فقد نقض عمله، فصار كأن لم يكن، فلا أجر له، وعليه الإعادة حتى يستحق الأجر، ولو كان أجيراً خاصاً فنقض.. يستحق الأجر. انتهى.

(**كمن استؤجر للخدمة سنة، أو لرعي الغنم**)، قد ذكرنا: أن الراعي والبقار قد يكون أجير وحد وقد يكون أجيراً مشتركاً.

وعلى تقدير كونه أجير وحد ـ على ما ذكره المصنف ـ لو ماتت واحدة من الأغنام أو البقر.. لا يضمن، ولا ينقص شيء من الأجر بحسابها؛ كما لو ماتت الأغنام كلها لا ينقص الأجر.

ولو ضرب شاة منها وفقأ عينها أو كسر رجلها.. ضمن؛ لأن أجير الوحد يضمن بالخلاف والتعدي، وقد خالف؛ لأن الضرب غير داخل تحت العقد، فيكون بالضرب مخالفاً ومتعدياً بالإتلاف به.

بخلاف ما لو هلكت بالصياح والصفق أو في السقي؛ لأنه حينئذ لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد؛ لأن الغنم في العادة يساق ويرعى بالصياح، ولا بد له من

السقي أيضاً.. فلا يعد ذلك خلافاً.

ولو هلكت من شدة سوق الراعي والبقار.. اختلفوا فيه:

قيل: يضمن.

وقيل: لا.

قال القاضي ظهير: ولو أن البقار ساق البقر وتنطاحت، فقتل بعضها بعضاً في سوقه، أو استعجلها في السوق فنفرت بقرة منها [٥١٤/أ] فكسرت، أو ساقها في الماء لتشرب فوقعت في الماء.. يضمن البقار إن كان مشتركاً، وإن كان خاصاً.. لا يضمن.

وهكذا ذكره الإمام قاضي خان.

ثم قال: إن كان البقار أجير وحد لرجل.. لا يضمن.

وإن كان مشتركاً لقوم.. يضمن.

وذكر في «السير الكبير»: أن الأجير الخاص إذا عنف في السير فحدثت هذه العوارض.. يضمن.

وذكر في «الذخيرة»: ولو حدثت هذه العوارض من سوقه؛ إن كان الراعي مشتركاً.. فهو ضامن على كل حال؛ لأن هذه جناية من يده.

وإن كان خاصاً؛ إن كانت الأغنام لواحد.. لا يضمن، وإن كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة.. فهو ضامن.

وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة: أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعياً شهراً يرعى غنماً لهما أو لهم.. فقد فرق في حق الأجير الخاص بين ما إذا كانت الأغنام لواحد، وبين ما إذا كانت لاثنين أو ثلاثة.

وحصل منه التوفيق ـ بين ما ذكره الإمامان قاضي ظهير وقاضي خان: من أن الأجير الخاص لا يضمن، وبين ما ذكره في «السير الكبير»: من أنه يضمن ـ بحمل ما ذكره الإمامان: على ما كانت الأغنام لواحد، وحمل ما ذكره في «السير الكبير» على

ما كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة إذا كان الراعي أجيراً مشتركاً فرعى الغنم في موضع، فعطبت واحدة منها أو هلكت بآفة نحو الغرق في الماء وافتراس السبع والسقوط من العلو وما أشبه ذلك، فقال رب الغنم: شرطت عليك أن ترعى في غير هذا الموضع، وقال الراعي: لا، بل اشترطت علي الرعي في الموضع الذي رعيتها.. فالقول قول رب الغنم بالإجماع، حتى يضمن الراعي؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة الراعي، حتى لا يضمن عند أبي حنيفة؛ لأنه هو المدعي؛ لأنه يثبت ما ليس بثابت.

وكذا: إذا كان الراعي أجيراً خاصاً واختلفا على نحو ما بينا.. فالقول لرب الأغنام؛ لما ذكرناه. كذا في «العمادية» و«الفصولين».

وذكر في «المحيط»: إذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي، فعطبت الغنم أو ما أشبهه.. صار الراعي ضامناً، فلا أجر له.

وإن سلمت.. يجب له الأجر استحساناً.

راعى الرماك إذا توهق[1] برمكة، فوقع الوهق في عنقها فماتت.. يضمن؛ لأن التوهيق لم يدخل تحت الإذن.

وإن فعل بإذن صاحب الرماك.. لا يضمن؛ سواء كان أجيراً مشتركاً أو خاصاً.

الراعي إذا خلط الغنم بعضها ببعض [٥١٤/ب]؛ فإن كان يقدر على التمييز.. لا يضمن، ويكون القول قوله أنها لفلان، وإن كان خلطاً لا يمكن التمييز.. يكون ضامناً قيمتها، والقول في مقدار القيمة: قول الراعي، ويعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط.

وإن دفع الراعي غنم رجل إلى غير صاحبه، فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر الراعي بذلك.. ضمن الراعي، ولا ضمان على المدفوع إليه.

ولو ندت بقرة من الباقورة، وترك الراعي اتباعها لحفظ الباقي وهو في وسعه..

(١) الوهق: الحبل الذي تشد به الإبل والخيل لئلا تند، وهو الحبل الذي يرمى لتؤخذ به الدابة والإنسان. «تاج العروس».

لا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان أجيراً خاصاً.

وإن كان أجيراً مشتركاً.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

وإنما لا يضمن عند أبي حنيفة وإن ترك الحفظ فيما ندت؛ لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر؛ أما إذا ترك بعذر.. فلا يضمن، وهنا ترك الحفظ فيما ندت بعذر حفظاً للباقي.

وعندهما: يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه.

بقار لأهل قرية، لهم مرعى تلتف بالأشجار، لا يمكنه النظر إلى كل بقرة، فضاعت بقرة.. لا يضمن.

ولو مرت بقرة على قنطرة فدخلت رجلها في ثقبها فانكسرت، أو دخلت في ماءٍ عميق والبقار لا يعلم، فلم يسقها.. ضمن إذا أمكن سوقها.

أهل موضع جرت العادة بينهم أن البقار إذا دخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة صاحبها، ففعل الراعي ذلك، فضاعت بقرة أو شاة قبل أن تصل إلى صاحبها.. لا ضمان عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، فلا يكون خلافاً.

البقار إذا شرط مع أصحاب البقور: إني إذا دخلت البقور القرية إلى موضع كذا فأنا بريء منها.. فالشرط جائز وهو بريء.

بخلاف ما إذا شرط على الراعي ضمان ما مات.. فإنه شرط فاسد، يفسد العقد. الكل في «العمادية».

وفيها أيضاً نقلاً عن «النوازل»: امرأة بعثت بقرة إلى البقار، ثم جاء الرسول إلى البقار وقال: البقرة لي، وأخذها من البقار، وهلكت في يده؛ فإن أقامت المرأة بينة.. فلها أن ترجع على البقار بقيمة البقرة؛ لأنه ظهر أن البقار دفع مالها إلى غيرها بغير إذنها، ثم لا يرجع البقار على الرسول إن كان يعلم أن البقرة لها ومع ذلك دفع إليه.

وإن لم يكن علم بذلك.. يرجع؛ لأنه معذور.

وَلَا يضمنُ مَا تَلِفَ فِي يَدِهِ، أَو بِعَمَلِهِ.

وفي «فوائد» صاحب «المحيط»: رجل بعث بقرة إلى البقار على يدي رجل، فجاء إلى البقار بهذه البقرة وقال: إن فلاناً بعث إليك هذه البقرة، فقال البقار: اذهب بها فإني لا أقبلها، فذهب بها [٥١٥/أ]، فهلكت في يد الرسول.. فالبقار ضامن؛ لأنه إذا جاء بها إلى البقار.. فقد انتهى الأمر، فيصير البقار أميناً، وليس للمودع أن يودع.

وفي «الذخيرة»: أهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة فذهبت منها بقرة في نوبة أحدهم، قال إبراهيم بن يوسف.. فهو ضامن في قول من يضمن الأجير المشترك.

وقال أبو الليث: وعندي أنه لا يضمن في قولهم جميعاً؛ لأن كل واحد منهم مُعِين في رعيه لا أجير؛ لأنه لو جعل أجيراً.. كان ذلك مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها، وذلك لا يجوز.. فكان مُعِيناً لا أجيراً، والمُعِين لا يضمن.

ولو كان نوبة أحدهم فلم يذهب هو، لكن استأجر رجلاً ليحفظها، فأخرج الباقورة إلى المفازة، ثم رجع إلى الأكل يعني الأجير، ثم عاد وذهبت منها بقرة.. ينظر:

إن ضاعت بعدما رجع الأجير عن الأكل.. لا يضمن واحد منهما.

وإن ضاعت قبل ذلك.. ضمن الأجير دون صاحب النوبة؛ لأن له أن يحفظها بأجرائه، لكن هذا: إذا لم يشترط عليه الحفظ بنفسه.

وإلا.. يضمن بالدفع إلى غيره.

(**ولا يضمن**)؛ أي: الأجير الخاص (**ما تلف في يده أو بعمله**) المأذون.

أما فيما تلف في يده: وذلك بأن سرق من يده أو غابت أو غصب.. فلأنَّ العين أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه، ولا ضمان على الأمين بلا تعد.

وأما فيما تلف بعمله: وذلك بأن انكسر القدوم في عمله، أو انخرق الثوب من دقه بيد أحدهما.

وَلَا يضمنُ مَا تَلِفَ فِي يَدِهِ، أَو بِعَمَلِهِ.

أنه لما سلم نفسه إليه.. صارت منافعه مملوكة له، وصار هو نائباً منابه في الفعل، فكأنه فعل بنفسه.. فلا يضمن.

إلا أن يخالفه.. فحينئذٍ يضمن بالخلاف؛ لأن الأجير الخاص يضمن بالخلاف؛ لعدم دخوله تحت العقد.

والثاني: أن الأجر في الأجير الخاص ليس بمقابلة العمل؛ بدليل: أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل، بل بمقابلة تسليم النفس؛ عمل أو لم يعمل، وهو المعقود عليه، وقد وجد ذلك سالماً، والتلف إنما وجد في تسليم العمل، وهو ليس بمعقود عليه.. فلم يكن مضموناً عليه.

حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض الحسي أو المطر أو نحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل.. لا يستحق الأجر؛ لعدم تسليم المعقود عليه.

* * *

[بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْن]

وَصَحَّ ترديدُ الْأَجرِ بَينَ نفعَينِ مُخْتَلفَين، وَأَيُّهمَا وُجِدَ.. لزمَ مَا سُمِّيَ لَهُ؛ نَحْوُ: إِنْ خطتَهُ فارسياً.. فبدرهم؛ أَو رومياً.. فبدرهمَينِ.

وَإِن صبغتَهُ بعُصفرٍ.. فبدرهمٍ، أَو بزعفرانٍ.. فبدرهمَين.

وَإِن سكنتَ هَذِهِ.. فبدرهَمٍ فِي الشَّهْر، أَو هَذِهِ.. فبدرهمين.

وَإِن ركبتها إِلَى الْكُوفَةِ.. فبدرهمٍ، أَو إِلَى وَاسِطٍ.. فبدرهمَينِ.

وَكَذَا: يَصحُّ لَو رَدّدَ بَينَ ثَلَاثَةٍ، ....

[باب الإجارة على أحد الشرطين]

(**وصح ترديد الأجر بين نفعين مختلفين**).

هذا شروع في بيان الإجارة على أحد الشرطين بعد ذكر الإجارة على شرط واحد؛ أي: صح ترديد الأجر بين التسميتين باعتبار الشرطين.

(**وأيهما**)؛ أي: أيٌّ من النفعين (**وجد.. لزم ما سُمي له**)؛ أي: لذلك النفع؛ (**نحو: إن خطته فارسياً.. فبدرهم**) [٥١٥/ب] (**أو رومياً.. فبدرهمين**) وإنما.. جاز هذا؛ لأنه سمى نوعين معلومين من العمل، وسمى لكل واحد منهما معلوماً.. فيجوز؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع؛ كما إذا خيره في البيع بين عبدين على ما تقدم في البيع.

(**وإن صبغته بعصفر.. فبدرهم، أو بزعفران.. فبدرهمين**)؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**وإن سكنت هذه**) الدار (**.. فبدرهم في الشهر، أو هذه**) الدار (**.. فبدرهمين**) لما ذكرناه أيضاً.

وهذا في الحقيقة ترديد الأجر بين النفع في المكانين.

(**وإن ركبتها**)؛ أي: الدابة (**إلى الكوفة.. فبدرهم، أو إلى واسط**) اسم موضع (**..فبدرهمين**)، وهذا لما ذكرناه أيضاً.

وهذا ترديد الأجر بين النفع في المسافتين.

(**وكذا**) أي (**يصح**) ترديد الأجر (**لو ردد بين ثلاثة**) أشياء مثل أن يقول للخياط:

لَا بَينَ أَرْبَعَةٍ.

وَلَو قَالَ: إن خطتَهُ الْيَوْمَ فبدرهمٍ، أَو غَداً فبنصفهِ، فخاطَهُ الْيَوْمَ.. فَلَهُ الدِّرْهَمُ، وإِنْ خاطه غَداً.. فَلهُ أجرُ الْمثلِ لَا يُجاوزُ نصفَ دِرْهَمٍ.

إن خطته فارسياً.. فبدرهم، أو رومياً.. فبدرهمين، أو هندياً.. فبثلاثة دراهم.

أو: إن ركبتها إلى الكوفة.. فبكذا، أو إلى واسط.. فبكذا، أو إلى قزوين.. فبكذا.

(**لا بين أربعة**) أشياء.

والأصل فيه: البيع؛ فإنه يجوز بيع أحد الشيئين أو ثلاثة، ولا يجوز في أكثر من ثلاثة؛ لما بيناه في أول البيع.

والجامع بينهما: دفع الحاجة؛ غير أنه لا بد من اشتراط الخيار للمشتري في البيع على ما تقدم.

وفي الإجارة: لا يشترط ذلك؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً.

وفي البيع: يجب الثمن بنفس العقد.. فتتحقق الجهالة، ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار للمشتري.

(**ولو قال: إن خطته اليوم**)؛ يعني: لو ردد العمل بين الزمانين، وقال: إن خطته اليوم (.. **فبدرهم أو**) خطته (**غداً.. فبنصفه، فخاطه اليوم.. فله الدرهم، وإن خاطه غداً.. فله أجر المثل**)، وهذا؛ لأنه صح في اليوم الأول فوجب المسمى، ولم يصح في اليوم الثاني فوجب أجر المثل.

(**لا يجاوز**) أجر المثل (**نصف درهم**)؛ لأنه المسمى فيه، وقد رضي به.

هذا في رواية عن أبي حنيفة، وقال القدوري: وهي الصحيح.

وفي «الجامع الصغير»: أن له في اليوم الثاني أجر المثل لا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم؛ لأن التسمية الأولى لا تتقدم في اليوم الثاني.. فتعتبر لمنع

وَقَالا: الشَّرطانِ جائزان.

الزيادة، وتعتبر التسمية الثانية؛ لمنع النقصان.

وإن خاطه في اليوم الثالث.. لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأنه إذا إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد.. فبالزيادة إلى ما بعد الغد: أولى.

وأما عندها: فالصحيح: أنه ينقص من نصف درهم، ولا يزاد عليه كذا في «العناية» و«الزيلعي».

ثم هذا؛ أي: جواز العقد في اليوم الأول دون الثاني: هو قول أبي حنيفة.

(وقالا: الشرطان جائزان)؛ ففي أيهما عمل.. لزمه المسمى على قولهما.

وقال زفر [٥١٦/أ]: الشرطان فاسدان؛ لأن العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل، وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع، وبيان ذلك:

أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت؛ لأن اليوم حال إفراد العقد في اليوم بقوله: «خطه اليوم بدرهم» كان للتعجيل لا للتوقيت.. فكذا ههنا.

وذكر الغد للترفيه؛ لأنه حال إفراد العقد في الغد بقوله: «خطه غداً بنصف درهم» كان للترفيه.. فكذا هنا؛ إذ ليس لتعدد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان:

أما في اليوم: فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه.. كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم.

وأما في الغد: فلأن العقد المنعقد في اليوم باق؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل، فيجتمع مع المضاف إلى غد، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان.. لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل، فصار كأنه قال: خطه بدرهم أو بنصف درهم، وهو باطل؛ لكون الأجر مجهولاً، فصار هذا نظير: «بعتك حالاً بألف، وبعتك مؤجلاً بألفين».

والجواب: أن الجهالة تزول بوقوع العمل؛ فإن بالعمل يتعين الأجر؛ للزومه عند العمل.

ولهما: أن ذكر اليوم للتأقيت؛ لأنه حقيقته؛ فكأنه قال: إن خطته اليوم.. فبدرهم، مقتصراً على اليوم، فبانقضاء اليوم: لا يبقى العقد إلى الغد، بل ينقضي بانقضاء الوقت.

وذكر الغد للإضافة؛ لأن الإجارة مما يقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل وإن لم تقبل التعليق بشرط، فتكون مرادة؛ لكونها حقيقة فيهما أيضاً.

فإذا كانت للإضافة.. لم يكن العقد ثابتاً في الحال، فلا يجتمع في كل يوم تسميتان؛ لأن اليوم: لما كان حقيقة في التأقيت، والغد: في الإضافة.. كانا مجازين في التعجيل والترفيه؛ لعدم الاشتراك، وقد ثبت في محله: أنه لا يصار إلى المجاز حتى يقوم الدليل عليه - لأن الأصل في الكلام: هو الحقيقة - ولا دليل هنا عليه، والحقيقة ممكنة، سيما إذا كان الحمل على المجاز يؤدي إلى فساد العقد.

فإذا حملا على الحقيقة.. لا يلزم اجتماع تسميتين في كل يوم، بل كان نظير خياطة الرومية والفارسية، بخلاف حالة الانفراد؛ لأنه لو حمل على التأقيت لفساد العقد إذا تعين العمل مع تعين الوقت.. لا يجتمعان.

فإن تعين العمل.. يوجب كونه أجيراً مشتركاً، وتعين الوقت.. يوجب كونه أجيراً خاصاً، وبينهما تنافح لتنافي لوازمهما، فصرنا إلى المجاز؛ أعني: الحمل على التعجيل بدلالة حالهما؛ إذ مقصودهما صحة العقد لا فساده.

ولأبي حنيفة: أن اليوم للتعجيل، والغد للإضافة؛ لأن الكلام لحقيقته [٥١٦/ب] حتى يقوم الدليل على مجازه، وقد قام الدليل في اليوم على مجازه، وهو التعجيل؛ لأن مرادهما: صحة العقد.

ولا يمكن هذا: إلا بحمل اليوم على التعجيل؛ لأن تعين العمل مع التوقيت

وَلَو قَالَ: إِن سكنتَ هَذَا الْحَانُوتَ عطَّاراً فبدرهمٍ، أَو حدَّاداً فبدرهمين.. جَازَ. خلافاً لَهما.

وَكَذَا: الْخلافُ لَو قَالَ: إِنْ ذهبتَ بِهَذِهِ الدَّابَّةِ إِلَى الْحِيرَةِ.. فبدرهمٍ، وَإِن جاوزتَها إِلَى الْقَادِسِيَّةِ.. فبدرهمَين.

أَو قَالَ: إِنْ حملْتَ عَلَيْهَا إِلَى الْحيرَةِ كرَّ شعيرٍ.. فبدرهمٍ، وإِنْ حملْتَ كرَّ بُرٍ.. فبدرهمَينِ.

مفسد للعقد؛ لعدم إمكان اجتماعهما كما ذكرناه.. فتعين المجاز في اليوم، ولم يقم الدليل في الغد على المجاز، وهو الترفيه، بل قام على حقيقته وهو الإضافة، فتركناه على حقيقته؛ لأنا لو حملناه على الترفيه.. لفسد العقد؛ من حيث إنه يجتمع تسميتان في اليوم - كما قاله زفر - فوجب حمله على حقيقته، وهو: الإضافة.

فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للإضافة.. لم يوجد في اليوم إلا تسمية واحدة، فلم يفسد؛ فإذا خاط اليوم.. وجب عليه المسمى وهو الدرهم؛ فإذا جاء الغد.. فسد العقد؛ لوجود تسميتين فيه؛ لأن المعلق ينزل بمجيء الغد، والتسمية الأولى باقية، فيفسد؛ لاجتماع تسميتين في عمل واحد.

بخلاف خياطة الرومية والفارسية؛ لأنه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر، فكانا عقدين مختلفين؛ كل و احد منهما ببدل مسمى على انفراد معلوم.. فافترقا.

(ولو قال: إن سكنت هذا الحانوت عطاراً فبدرهم، أو حداداً فبدرهمين.. جاز) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما).

(وكذا الخلاف لو قال: إن ذهبت بهذه الدابة إلى الحيرة فبدرهم، وإن جاوزتها إلى القادسية فبدرهمين.

أو قال: إن حملت عليها إلى الحيرة كر شعير فبدرهم، وإن حملت كر برّ فبدرهمين).

لهما: أن المعقود عليه في هذه العقود أحد الشيئين ، وكذلك الأجر أحد الشيئين، وهو مجهول، والجهالة الواحدة توجب الفساد، والجهالتان أولى، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ لأن الأجر ثمة يجب بالعمل، وعنده ترتفع الجهالة.

أما في هذه المسائل.. فالأجر فيها يجب بالتخلية في الحانوت، والتسلم في الدابة، فتبقى الجهالة.

بقي أن الأصل عندهما: أن الأجر متى وجب بالتخلية والتسليم.. لا يجوز أن يكون الأجر متردداً بين شيئين عند التخلية والتسليم؛ لأنه لا يدرى أيهما يجب، والإجارة تفسد بهذا.

ولأبي حنيفة: أنه خيره بين شيئين متفاوتين، وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة، فوجب أن يجوز؛ كما في المسألة الرومية والفارسية، وكونهما متغايرين: لأن إسكانه عطاراً يغاير إسكانه حداداً، وكذا غيره.

وقولهما: «والأجرة فيها تجب بالتخلية والتسليم».

قلنا: إن الإجارة تعقد للانتفاع، والظاهر: أنه يستوفي المنافع، وعند الاستيفاء.. ترتفع الجهالة.

وأما ترك الانتفاع [٥١٧/أ] مع التمكن.. فنادر لا معتبر به.

ولو احتيج إلى الإيجاب لمجرد التخلية عند عدم الانتفاع بعد التسليم؛ أي: سلم إليه ولم ينتفع به حتى مضى المدة.. فاختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: يجب نصف كل واحد من البدلين؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر، فيجعل التسليم لهما.

وقال بعضهم: يجب أقل البدلين؛ لأنه لا يكون أكثر ضرراً من الانتفاع بأقلهما ضرراً، ولأن الأقل متيقن.

وهذا هو الصحيح على ما في «الزيلعي»، واختاره في «الهداية» و«العناية».

وَلَا يُسَافِرُ بِعَبْدٍ اسْتَأْجَرَهُ لِلْخدمَةِ بِلَا اشْتِرَاطه.

ولو استأجرَ عبداً مَحْجُوراً فعملَ وَأخذَ الْأجرَ.. لَا يسْتَردُّهُ مِنْهُ.

(**ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا اشتراطه**)؛ لأن مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر؛ لأنه المتعارف، فانصرف إليه المطلق، فصار كالمشروط به صريحاً.. فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر؛ لأنه أشق، فيكون خلافاً إلى ما هو أضر.

نظيره: ما لو استأجر فرساً للركوب وعين الراكب.. فليس له أن يركب غيره؛ للتفاوت في الركوب.

وما لو استأجر داراً للسكنى.. ليس له أن يسكن حداداً؛ لأنه أضر.

ولأن مؤنة الرد من السفر على المولى، ويلحقه ضرر بذلك.. فلا يملكه إلا بإذنه.

وإن اشترط ذلك.. فله أن ينقله إلى السفر؛ لأن مولاه رضي بذلك.

وكذلك يجوز أن ينقله إلى السفر إذا كان المستأجر وقت الإجارة متهيأً للسفر وعرف بذلك؛ لأن المعروف كالمشروط. كذا في «الزيلعي».

فلو سافر عند عدم الاشتراط أو التهيؤ للسفر، وهلك.. ضمن؛ لأنه صار غاصباً، ولا أجر عليه وإن سلم؛ لأن الضمان والأجر لا يجتمعان.

وهل له أن يؤجر عبداً استأجره للخدمة؟

قالوا: نعم.

فقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «السرخسي»: أنه إذا استأجر عبداً للخدمة.. فله أن يؤجر من غيره للخدمة؛ لأن هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة؛ كسكنى الدار، ولأن العبد عاقل، لا ينقاد إذا كلف فوق طاقته. انتهى.

(**ولو استأجر عبداً محجوراً**) عليه (**فعمل**) العبد (**وأخذ**)؛ أي: العبد (**الأجر.. لا يسترده**) المستأجر (**منه**)؛ أي: من العبد. هذا استحسان.

وفي القياس: له أن يسترده؛ لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة؛ لانعدام إذن

وَلَو آجرَ العَبْد الْمَغْصُوبُ نَفسَهُ فَأكلَ غاصبُهُ أجرَهُ.. لَا يضمنُ. خلافاً لَهما.

المولى وقيام الحجر، فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال، ولا أجر على الغاصب؛ فصار كما إذا هلك العبد.. فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر؛ لأنه ضامن بالغصب، والأجر والضمان لا يجتمعان.

وجه الاستحسان: أن التصرف:

نافعٌ على اعتبار الفراغ سالماً؛ لأنه [٥١٧/ب] يحصل للمولى الأجرة.

ضارٌّ على اعتبار الهلاك بالاستعمال، والنافع مأذون فيه؛ كقبول الهبة.

وإذا جاز الدفع له.. لم يكن له أن يسترده منه.

بخلاف ما إذ هلك العبد في حالة الاستعمال.. فإنه يجب على المستأجر قيمته حينئذ، وإذا ضمن قيمته.. صار مالكاً له من وقت الاستعمال، فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه، فلا يجب عليه الأجر.

وكذلك الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه وسلم من العمل.. كان له الأجر؛ لأنه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات، ولهذا: يملك قبول الهبة، وجواز الإجارة بعد الفراغ من العمل سالماً: نفع محض.

وقال في «النهاية»: الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين: أجر المثل؛ فإن أعتقه المولى في نصف المدة.. نفذت الإجارة، ولا خيار للعبد في الفسخ، وأجر ما مضى: للمولى، وأجر ما يستقبل: للعبد.

وإن آجره المولى، ثم أعتقه في نصف المدة.. فللعبد الخيار؛ فإن فسخ الإجارة.. فأجر ما مضى: للمولى، وإن آجر.. فأجر ما يستقبل: للعبد، والقبض للمولى؛ لأنه العاقد. كذا في «الزيلعي».

(ولو آجر العبد المغصوب نفسه، فأكل غاصبه أجره.. لا يضمن) الغاصب ما أكله من الأجر. عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: يضمن؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه، ولا تأويل له؛ لأن

وَمَا وجدَهُ سَيِّدُهُ.. أَخذَهُ.

المال للمولى؛ لأن إجارة العبد نفسه: جائزة على تقدير الفراغ سالماً، على ما تقدم في المسألة الأولى.

وكسب العبد للمولى؛ لأنه تبع لرقبته، فيكون الغاصب متعدياً بالأخذ منه والإتلاف.. فيضمن.

ولأبي حنيفة: أن الضمان يجب بإتلاف مال محرز متقوم، وليس ذلك بمحرز:

لأن الإحراز: أن يكون بيده أو بيد نائبه، وهذا المال لا في يده ولا في يد نائبه؛ لأن الغاصب ليس بنائب عنه، والعبد ليس في يد نفسه، بل هو في يد الغاصب، وما في يده يكون في يد الغاصب أيضاً تبعاً لنفسه.. فلا يتصور أن يكون محرزاً بحرزه؛ إذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب، فكيف يحرز ما في يده عنه؟!

وما لم يقع في يد المولى حقيقة أو حكماً بالنيابة.. لا يكون مضموناً له؛ كالمال المسروق في يد السارق بعد القطع.

ولأن الأجرة بدل المنفعة، والبدل حكمه: حكم المبدل.

ولو أتلف الغاصب المبدل؛ أي: المنفعة.. لا يضمن، فكذا إذا أتلف بدلها.

واعترض على الوجه الأول: بولد المغصوبة؛ بأن الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة.. ضمنه، مع أنه لا إحراز فيه.

وأجيب: بأنه تابع للأم؛ لكونه جزء منها، وهي [٥١٨/أ] محرزة، بخلاف الأجر؛ فإنه يحصل من المنافع، وهي غير محرزة.

إنما قال: «لو آجر العبد المغصوب نفسه»؛ لأنه لو أجر الغاصب العبد المغصوب بنفسه، وأخذ الأجرة وأكلها.. لا ضمان عليه بالاتفاق.

(وما)؛ أي: شيء من الأجرة **(وجده سيده)**؛ أي: وجده في يد العبد المغصوب **(.. أخذه)**؛ لأنه وجد عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوم: بطلان الملك؛ كما في

وَقبضُ العَبْدِ أجرَهُ صَحِيحٌ.

وَلَو آجرَ عَبدَهُ هذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شهراً بأَرْبعَةٍ، وشهراً بِخَمْسَةٍ.. صَحَّ الأَوَّلُ بأَرْبعَةٍ.

المسروق بعد القطع.. فإنه لم يبق متقوماً؛ حتى لا يضمن بالإتلاف، ويبقى الملك فيه، حتى يأخذه المالك حين وجده.

(**وقبض العبد أجره: صحيح**)؛ يعني: إذا آجر العبد نفسه وأخذ أجره: صحيح بالإجماع؛ لأنه هو المباشر، وحقوق العقد ترجع إليه، وتصرفه نفع محض يصح قبضه، فيخرج به المستأجر عن عهدة الأجرة؛ فإنه يحصل بالأداء إلى العبد؛ لكونه عاقداً.

(**ولو أجر عبده هذين الشهرين؛ شهراً بأربعة وشهراً بخمسة.. صح الأول**)؛ أي: من الشهرين (**بأربعة**)؛ لأنه المذكور أولاً، والمذكور أولاً: ينصرف إلى ما يلي العقد؛ تحرياً للجواز، وذلك: لأنه لما قال: «بأربعة» منكراً.. كان مجهولاً، والإجارة تفسد بالجهالة، فصرفناه إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز؛ كما لو استأجر منك هذا العبد بشهر أو سكت.. فإنه ينصرف إلى ما يلي ابتداء العقد؛ فإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه.. ينصرف إلى ما يلي الأول أيضاً ضرورةً؛ لأنها أقرب الأوقات إليه.

فإن قيل: مبنى هذا البيان: على أن يكون الشهر منكراً مجهولاً، والمذكور في الكتاب معرّف؛ حيث قال «هذين الشهرين».

فالجواب: أن المذكور في الكتاب: قول المستأجر، واللام فيه للعهد؛ لما كان في كلام المؤجر منكراً؛ فكأن المؤجر قال: «أجرت عبدي هذين الشهرين؛ شهراً بأربعة وشهراً بخمسة»، فقال المستأجر: «استأجرته هذين الشهرين؛ شهراً بأربعة وشهراً بخمسة»

وَلَو اسْتَأْجرَ عبداً فأَبَق، أَو مرِضَ، فادَّعى وجودَهُ، أَوَّلَ الْمدَّةِ، وَالْمولى وجودَهُ قُبيلَ الْإِخْبَارِ بساعةٍ.. حُكِّمَ الْحَالُ.

فإنْ كَانَ حَاضراً أَو صَحِيحاً.. صُدِّقَ الْمولى، وإِلّا.. فالمستأجرُ.

(**ولو استأجر عبداً، فأبق أو مرض، فادعى وجوده أول المدة، والمولى: وجوده قبيل الإخبار بساعة.. حُكِّم الحال؛ فإن كان العبد حاضراً أو صحيحاً.. صدق المولى، وإلا**)؛ أي: وإن لم يكن العبد حاضراً أو صحيحاً (.. **فالمستأجر**).

هذا شروع الحكم في بيان الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر.

يعني: لو استأجر عبداً شهراً بدرهم مثلاً وقبضه في أول الشهر، ثم جاء في آخره، وقال: أبق العبد أو مرض في أول الشهر حين قبضته، وأنكر المولى ذلك، أو أنكر إسناده إلى أول المدة، فقال: أصابه ذلك قبل أن يأتيني [٥١٨/ب] بساعة.. يحكم الحال؛ فيكون القول: قول من يشهد له الحال مع يمينه؛ لأن القول في الدعاوى: قول من شهد له الظاهر، ووجود ذلك العيب في الحال: يدل على وجوده في الماضي استصحاباً، فيصلح مرجحاً.

وإذا لم يصلح حجة للاستحقاق.. فيكون القول للمستأجر.

وإن لم يوجد في الحال.. فالقول للمولى.

فإن قيل: هذا فيما إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر: مسلم لا إشكال فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق على المستأجر، والظاهر يصلح دفعاً للاستحقاق.

وأما فيما إذا كان الظاهر يشهد للمؤجر.. ففيه إشكال؛ من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق.

أجيب: بأنه إنما يستحقه بالسبب السابق - وهو العقد - وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت.. فلم يكن مستحقاً بمجرد الظاهر، وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب.. أقر المستأجر بالوجوب عليه، ثم بالإنكار بعد ذلك: يكون متعرضاً لنفيه.. فلا يقبل إلا بحجة.

وَكَذَا: الِاخْتِلَافُ فِي انْقِطَاعِ مَاءِ الرَّحَى وجريانِهِ.

وَلَو قَالَ ربُّ الثَّوْب: أمَرتُكَ أَن تصبِغَهُ أَحْمَرَ فصبغتَهُ أصفر، وَقَالَ الصَّانِعُ: أَمرتَنِي بِمَا صنعتُ.. صُدِّقَ رَبُّ الثَّوْبِ.

وَكَذَا: الِاخْتِلَافُ فِي الْقَمِيصِ والقباءِ، ....

وعلى هذا: لو أعتق جارية ولها ولد، فقالت: أعتقني قبل ولادتِهِ، فيكون حراً تبعاً لي، وقال المولى: أعتقتك بعدها فلا يعتق.. كان القول قول من كان الولد في يده؛ لأن الظاهر يشهد له.

وكذا لو باع شجراً فيه ثمر، واختلفا في بيع الثمر معها.. كان القول قول من في يده الثمر بتحكيم الحال.

(**وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه**)؛ أي: اختلفا بعد مدة الإجارة، وقال المستأجر: إن الماء انقطع في أول المدة، وأنكره المؤجر.. ينظر: إن كان الماء منقطعاً في الحال.. فالقول قول المستأجر.

وإن كان جارياً.. فالقول قول صاحب الرحى تحكيماً للحال.

(**ولو قال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصانع: أمرتني بما صنعت.. صدق رب الثوب**)؛ أي: مع يمينه.

(**وكذا الاختلاف في القميص والقباء**)؛ أي:

اختلفا في لون الصبغ، فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصانع: لا، بل أمرتني أصفر.

أو اختلفا في نوع المعقود عليه، فقال رب الثوب: أمرتك بخياطة القميص فخطته قباء، وقال الخياط: بل أمرتني قباء.. ففي الصورتين: القول قول رب الثوب؛ لأن الأمر يستفاد من جهته، والقول قول من يستفاد الأمر من جهته؛ كما لو أنكر أصل الأمر.. كان القول قوله.

وكذا إذا أنكر وصفه، لكنه بعد اليمين؛ فإنه أنكر ما لو أقر به.. لزمه.

فَإِن حَلَفَ.. ضَمَّنَ الصَّانِعَ قيمَةَ ثَوْبِهِ غيرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ، أَو أَخذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أجرَ مثلِهِ لَا يُجَاوزُ بِهِ المسمَّى.

وإِنْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ: عملتَ لي بِلَا أَجرٍ، وَقَالَ الصَّانِع: بِأَجْرٍ.. فَالْقَوْلُ لربِّ الثَّوْبِ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: القولُ للصَّانعِ إِن كَانَ حِرِّيفاً لَهُ.

وَعندَ مُحَمَّدِ: للصَّانعِ إِن كَانَ مَعْرُوفاً بِعَمَلِهِ بِالْأَجْرِ.

(فإن حلف)؛ أي: رب الثوب.. فهو مخيّر [٥١٩/أ]؛ إن شاء (.. ضمن الصانع قيمة ثوب غير معمول، ولا أجر) للصانع، (أو أخذ) رب الثوب (الثوبَ وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى).

وقد تقدم بيانه قبيل باب الإجارة الفاسدة.

وقال ابن سماعة عن محمد: يضمن صاحب الثوب الصباغ ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الصباغ بمنزلة الغاصب، والحكم في الغصب كذلك.

وقال ابن أبي ليلى في مسألة الصبغ أيضاً: القول قول الصباغ؛ لأنهما اتفقا على الإذن في الصبغ، ثم رب الثوب يدعي عليه خلافاً ليضمنه أو ليثبت نفسه الخيار، وهو ينكر.. فكان القول له.

وجوابه: ما ذكرناه: من أن القول لمن يستفاد منه الأمر.

(وإن قال رب الثوب: عملت لي بلا أجر، وقال الصانع: بأجر.. فالقول لرب الثوب)؛ لأنه ينكر تقوم عمل الصانع ووجوب الأجر عليه، والصانع يدعيه.. فكان القول للمنكر. هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: القول للصانع إن كان حريفاً)؛ أي: خليطاً (له)، وذلك بأنَّ تكرر تلك المعاملة بينهما بأجر.. فله الأجر، وإلا.. فلا؛ لأن سبق ما بينهما بأجر.. يعين جهة الطلب بأجر؛ جرياً على معتادهما؛ لأن المعروف كالمشروط.

(وعند محمد:) القول (للصانع إن كان معروفاً بعمله بالأجر)؛ لما ذكر: «من أن المعروف كالمشروط».

وفي «الزيلعي» و«الأشباه»: والفتوى: على قول محمد.

واعلم: أن المصنف ذكر بعض ما يتعلق باختلاف الأجر والمستأجر في فصل التحالف على ما تقدم بيانه، وذكر بعضه في هذا الباب ولم يستوف بحذافيره، ولنذكر إجمالاً بعض ما بقي منه تتميماً للفائدة.. فنقول:

إن المؤجر والمستأجر إذا اختلفا:

إما أن يختلفا في المستأجر، أو في الأجرة.

- **وعلى الأول**؛ إما أن يختلفا في: **أصل المستأجر** بأن قال المؤجر: المستأجر هو هذا، وقال المستأجر: لا، بل هو هذا **أو في نوعه، أو في قدره**.

فإذا اختلفا في أصل المستأجر؛ إما أن يكون اختلافهما قبل التصرف، أو بعد انقضاء المدة والتصرف؛ فإن كان قبل التصرف.. تحالفا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فتعتبر ببيع العين.

وفي بيع العين إذا اختلفا قبل القبض.. يتحالفان، فكذلك في بيع المنفعة.

والاختلاف هنا: قبل قبض المنفعة، فيتحالفان، فيفسخ القاضي، وأيهما أقام البينة.. قبلت، وإن أقاما.. يقضى ببينة المؤجر؛ لأنه يثبت حقاً لنفسه.

وإن اختلفا بعد انقضاء المدة.. فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن المعقود عليه قد هلك؛ لأن المنافع بالاستيفاء صارت مثلاً شبه هالكة [٥١٩/ب]، وهلاك المعقود عليه: يمنع التحالف عندهما.

وقال محمد: لا يمنع التحالف في بيع المنفعة؛ لأن في بيع العين إنما يمنع التحالف؛ لأنهما إذا تحالفا وتعذر الرد لمكان الهلاك.. وجب رد القيمة.

وهنا: إذا تحالفا وانفسخ العقد.. بقيت المنافع مستوفاة من غير عقد.. فلا يكون لها قيمة، فتعذر رد القيمة وامتنع التحالف.

وإن اختلفا في نوع المستأجر؛ كاختلافهما في نوعي الصبغ؛ بأنه أصفر أو أحمر على ما ذكره المصنف بعينه.. فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما ذكرناه.

ولأن الصَّباغ أقر الضمان - وهو الصبغ في ثوب الغير - ثم ادعى البراءة عنه وهو الإذن من جهة صاحب الثوب، وأنكره صاحب الثوب.. فيكون القول للمنكر؛ كما لو قال: قطعت ثوبك، أو هدمت جدارك بإذنك، وأنكره الصاحب.. فالقول للمنكر.

وإن اختلفا في مقدار المستأجر؛ بأن قال المستأجر: إنه أكراه دابتين بأعيانهما بعشرة دراهم إلى بغداد، وقال المؤجر: إنه أكراه إحداهما بعينها بعشرة دراهم إلى بغداد.. فالقول قول المؤجر؛ لأنه ينكر الزيادة.

- **وعلى الثاني**؛ إما أن يختلفا في أصل الأجرة، فقال رب الثوب: عملت لي بغير أجر، وقال القصار: لا، بل عملت لك بأجر:

فإن اختلفا قبل العمل.. يتحالفان، ويفسخ القاضي؛ لأن كل واحد منهما مدعٍ من وجه منكرٍ من وجه، وأيهما أقام بينة.. قبلت، وإن أقاما.. يقضى ببينة المستأجر؛ لأنه يثبت حقاً لنفسه.

وإن اختلفا بعد العمل.. فالقول لرب الثوب، عند أبي حنيفة على ما ذكره المصنف؛ لأن التحالف حينئذ لا يفيد؛ لأنه لا قيمة للعمل من غير عقد، فكان بمنزلة الحمال والمكاري إذا اختلفا بعد العمل.. فالقول للمعمول له.

خلافاً لأبي يوسف ومحمد، كما ذكره المصنف.

وإن اختلفا في قدر الأجرة، ولم يأخذ في العمل بعد، فقال المستأجر: الأجر خمسة دراهم، وقال الآجر: لا، بل عشرة دراهم.. فيتحالفان.

وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر، ويبدأ بيمين المستأجر؛ فإذا حلفا.. فسخ القاضي العقد.

وأيهما أقام البينة.. قبلت.

وإن أقاما.. يقضى ببينة الأجر؛ لأنه يثبت الزيادة.

وكذلك لو اختلفا في قدر مدة الإجارة، أو في قدر مسافة الإجارة:

بأن قال المستأجر: أجرتنيها شهرين بعشرة دراهم، وقال الآخر: لا، بل أجرتها شهراً واحداً بعشرة دراهم.

أو قال المستأجر: أجرتنيها إلى الكوفة بخمسة دراهم، وقال الآجر: لا، بل إلى المصر بخمسة دراهم.

فهذا وما اختلفا في قدر الأجرة: سواء.

إلا أنهما لو تحالفا في المدة أو في المسافة.. يبدأ بيمين الآجر [٥٢٠/أ]، وإن أقاما البينة فيهما.. يقضى ببينة المستأجر.

وإن اختلفا في قدر الأجرة والمدة جميعاً، أو في الأجرة والمسافة جميعاً.. فإنهما يتحالفان، فيفسخ القاضي.

وأيهما أقام البينة.. قبلت.

وإن أقاما.. يقضى بالبيّنتين جميعاً، فيقضي بزيادة الأجر ببينة الآجر، وبزيادة المدة والمسافة ببينة المستأجر.

وهذا إذا اتفقا في جنس الأجرة ما بها، درهم كلها أو دنانير.

بخلاف ما إذا اختلفا في قدر الأجرة والمدة، أو في قدر الأجرة والمسافة، أو في قدر الأجرة والمستأجر مع اختلافها في جنس الأجرة، وذلك بأن قال الآجر: أجرتك الدار شهراً بدينار، وقال المستأجر: لا، بل أجرتنيها شهرين بعشرة دراهم.

أو قال الآجر: آجرتك الدابة إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: لا، بل إلى الكوفة بعشرة دراهم.

أو قال الآجر: آجرتك إحدى هاتين الدابتين بدينار إلى بغداد، وقال المستأجر: لا، بل آجرتني هاتين الدابتين بعشرة دراهم إلى بغداد.. ففي الصور الثلاث: يتحالفان، وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر.

وإن حلفا.. فسخ القاضي العقد، وأيّهما أقام.. قبلت بينته.

وإن أقاما البينة.. فإنه يقضى إلى شهرين، أو إلى الكوفة، أو بإجارة الدابتين إلى بغداد: بدينار وخمسة دراهم.

إذا كان القصر على النصف من المبدأ إلى الكوفة.. يقضى إلى القصر بدينار ببينة الآجر، ومن القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم ببينة المستأجر؛ عملاً بالبينتين.

وكذا الحال في الصورتين.

والحاصل: أنه إذا اختلفا في المستأجر أصلاً أو قدراً أو نوعاً، أو في الأجرة كذلك، أو في المدة أو المسافة، أو في الأجرة والمدة معاً، أو في الأجرة والمسافة معاً.. ففي هذه الوجوه: إن اختلفا قبل استيفاء المنفعة.. يتحالفان، وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر، وإن حلفا.. فسخ القاضي العقد، وأيهما أقام.. قبلت بينته، وإن أقاما البينة.. فبينة الآجر أولى.

وإن اختلفا بعد استيفاء المنفعة في هذه الوجوه.. كان القول قول المستأجر مع يمينه، ولا يتحالفان عندهم جميعاً.

* * *

(بَابُ فَسْخِ الْإِجَارَةِ)

(بَابُ فَسْخِ الإِجَارَةِ)

اعلم: أن الإجارة عقد لازم لا ينفسخ بغير عذر.

إلا إذا وقعت على استهلاك عين – كالاستكتاب: يقع على استهلاك الكاغد والحبر، وكرب الأرض في المزارعة: إذا كان البذر من قبله – فإنه ينفسخ بغير عذر كما في باب العذر من إجارات «القنية».

ثم إنها: تفسخ بالعيب في المعقود عليه بالاتفاق، وبالعذر [٥٢٠/ب] الحاصل في أحد العاقدين عندنا.

خلافاً للشافعي فيه على ما سنبينه عند قول المصنف: «وتفسخ بالعذر».

ولما كان الفسخ بالعيب اتفاقياً.. قدمه المصنف على الفسخ بالعذر.

والأصل: أن العيب متى حدث بالعين المستأجرة:

فإن كان عيباً لا يؤثر في اختلال المنافع.. لم يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ نحو: العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره، أو سقط حائط من الدار ولم يضر بالسكنى؛ لأنه لما يلم يتمكن الخلل في المنفعة وهي المعقود عليه.. لم يثبت الخيار.

وإن كان عيباً يؤثر في اختلال المنافع؛ كالعبد إذا مرض، والدابة إذا دبرت أو ندت، والدار إذا انهدم بعض بنائها، أو سقط حائط يضر السكنى.. فللمستأجر الخيار؛ لأن الخلل قد تمكّن في المعقود عليه قبل القبض؛ فإن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار، ولكن باعتبار التمكن من الاستيفاء: يصير قابضاً له حكماً؛ فإن استوفى المنفعة مع العيب.. يلزمه جميع البدل، وإن نقص العبد للعيب المفوت لوصف المعقود عليه قبل القبض.. لا يلزمه شيء من البدل.

وإن أزال المؤجر عيباً بشيء.. يسقط الخيار.

وهل ينفسخ العقد بدون الفسخ بهذه الأعذار أم لا ينفسخ بدون الفسخ؟

ففيه اختلف المشايخ:

قيل: ينفسخ بالعوارض المؤثرة في اختلال المنفعة؛ من نحو: انهدام الدار، وانقطاع ماء الرحى وماء الأرض؛ بحيث لا يمكنه أن يزرع، ودبر الدابة، ومرض العبد، وهو رواية «الأصل».

واستدلوا عليه: بأنه لو انهدم الدار.. يجوز أن يخرج عنه المستأجر مع غيبة المؤجر، ولا يلزم الآجر.

فلو لم ينفسخ العقد بدون الفسخ.. لتوقف خروجه على حضرة المؤجر.

وقيل: لا ينفسخ بدون الفسخ، بل يستحق الفسخ، وهو رواية «الزيادات».

واستدلوا عليه: بأنه إذا صالح على سكنى دار، فانهدمت الدار.. لم ينفسخ الصلح، وللمصالح أن يبني الدار ويمضي على الصلح.

وبما روي عن محمد: فيمن استأجر بيتاً فانهدم، ثم بناه الآجر.. فليس للمستأجر أن يمتنع عنه، فهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ؛ هكذا ذكره في «المحيط».

وقال: والصحيح هو الثاني؛ لأن أصل المعقود عليه لا يفوت بانهدام البناء؛ لأن الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء إلا أنه ناقص، فكان بمنزلة العيب الفاحش، وبالعيب: يستحق الفسخ، ولا ينفسخ.

ومن هنا قالوا: إن الإجارة: هل تنعقد على الصحراء للسكنى؟

قيل: لا تنعقد؛ لأنه لا سكنى في الصحراء [٥٢١/أ].

وقيل: تنعقد، وله خيار الفسخ؛ لأن السكنى تتحقق فيه، إلا أنها ناقصة.

وقيل: ما ذكر في «الأصل»: محمول على ما إذا كان العذر جلياً؛ كما إذا استأجر لقلع السن وسكن وجعه، أو لقطع يده للآكلة فبرئت الآكلة.

تُفسخُ ....

وما ذكر في «الزيادات»: على ما إذا كان العذر خفياً؛ كالدين.. قال في «قاضي خان»: إذا تحقق العذر.. ذكر في بعض الروايات: أن الإجارة تنقض، وفي بعضها: أنها لا تنقض.

ومشايخنا وفقوا فقالوا: إن كانت الإجارة لغرض، فلم يبق ذلك الغرض، أو كان عذراً يمنعه من الجري على موجب العقد شرعاً.. تنتقض الإجارة من غير نقض؛ كما لو استأجر لقطع يده عند وقوع الآكلة أو لقلع سنه عند الوجع، فبرئت الآكلة وزال الوجع.. تنتقض الإجارة؛ لأنه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعاً.

وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له، أو لطلب عبد آبق له، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق.. تنتقض الإجارة؛ لأنها وقعت لغرض وقد فات ذلك الغرض.

وكذا لو ظن في بناء داره خللاً، فاستأجر لهدم البناء، ولم يوجد فيه خلل، أو استأجر طباخاً لوليمة العرس فمات العروس.. بطلت الإجارة، وإلا.. فلا تنتقض بغير نقض.

ثم إذا تحقق العذر ومست الحاجة إلى النقض.. هل ينفرد صاحب العذر بالنقض أو يحتاج إلى القضاء أو إلى الرضاء؟

اختلفت الروايات فيه، والصحيح: أن العذر: إن كان ظاهراً.. ينفرد، وإن كان مشتبهاً.. لا ينفرد.

(تفسخ)؛ أي: الإجارة، هو من الفسخ ولم يقل: «تنفسخ»: إشارة إلى أنها لا تنفسخ من غير فسخ بالعيوب التي ذكرها في الكتاب موافقاً للترجمة؛ فإنه قال: «باب فسخ الإجارة» ولم يقل: «باب انفساخ الإجارة».

وقيل: إنها تنفسخ من غير فسخ كما تقدم ذكره.

بِعَيْبٍ فَوَّتَ النَّفْعَ؛ كخرابِ الدَّارِ، وَانْقِطَاعِ مَاءِ الأَرْضِ ....

وفيه أيضاً إشارة: إلى أنه لا حاجة إلى قضاء القاضي في الفسخ.

وقيل: إنه يحتاج إليه، على ما تقدم.

(بعيب) حادث بعد قبض المستأجر أو قبل قبضه؛ لأن العيب الذي حدث بعد قبض المستأجر: كان قبل قبض المعقود عليه في الحقيقة، فيوجب الفسخ، وهذا لأن المعقود عليه في الإجارة: هو المنافع، وأنها توجد شيئاً فشيئاً، وكل ما كان كذلك.. فكل جزء منه بمنزلة الابتداء، فكان العيب حادثاً قبل قبض ذلك الجزء، وذلك يوجب الخيار كما في البيع.

(فوت النفع؛ كخراب الدار) [٥٢١/ب] المستأجرة، أطلقه.. فشمل خراب البيت وخراب الجدار منه المخل بالسكنى.

قال في «قاضي خان»: إذا انهدم البيت المستأجر، أو انهدم ما ينقض السكنى كالحائط ونحو ذلك.. فله أن يخرج عن الدار ويفسخ الإجارة بحضرة الآجر؛ لأنه بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض. انتهى.

بخلاف ما إذا كان عيباً لا يضر بالسكنى كحائط سقط، ولم يكن محتاجاً إليه في السكنى.. فإنه لا تفسخ الإجارة به. على ما في «العناية».

(وانقطاع ماء الأرض)؛ يعني: استأجر أرضاً للزراعة، فخرب النهر الأعظم وعجز عن السقي.. كان له أن يفسخ الإجارة.

وإن لم يفسخ حتى مضت المدة.. كان عليه أجرها إذا كان بحال يمكنه أن يحتال بحيلة فيزرع شيئاً، وإن كان لا يقدر على ذلك بوجه.. لا شيء عليه.

وكذا لو لم ينقطع الماء، ولكن سال فيها حتى عجز عن الزراعة.. فلا أجر عليه.

ولو استأجر أرضاً، فانقطع الماء؛ إن كانت الأرض تسقى بماء النهر وبماء المطر، لكن انقطع ماء المطر أيضاً.. لا أجر عليه.

ولو غرقت الأرض قبل أن يزرعها، فمضت المدة.. فلا أجر عليه؛ كما لو غصبها غاصب.

ولو زرعها فأصاب الأرض آفة، فهلك الزرع، أو غرقت بعد الزرع ولم ينبت.. عن محمد في رواية: كان عليه الأجر كاملاً.

وعنه في رواية: أنه إذا استأجر أرضاً قل ماؤها أو انقطع.. فله أن يخاصم الآجر إلى القاضي حتى يترك الأرض في يده بأجر المثل إلى أن يدرك؛ فإن سقى زرعه بعد ذلك.. لم يكن له أن ينقض الإجارة.

والمختار للفتوى: أنه إذا هلك الزرع.. لم يكن عليه لما بقي من المدة بعد هلاك الزرع أجر، إلا إذا كان متمكناً من أن يزرع مثل ذلك ضرراً بالأرض أو أقل ضرراً من الأولى.

وإن اختل الزرع، وانقضت عليه.. كان عليه الأجر كاملاً وإن لم يسقه إذا لم يكن رفعه إلى الحاكم.

ولو استأجر أرضاً من أرض الجبل، فزرعها، فلم تمطر عامه ولم ينبت حتى مضت المدة، ثم مطرت السماء ونبت الزرع.. قال محمد: الزرع كله [للمستأجر][(١)]. الكل في «قاضي خان».

وقال في «البزازية»: وعن أبي يوسف: استأجر أرضاً للزراعة وانقطع الماء، وبقي شيء من المدة ما يصلح أن يزرع غرباً، ولم يخاصم ولم ينقص حتى تمت المدة.. لزم تمام الأجر، وإن خاصم.. له نقض الإجارة، وينقص من الأجر بحسابه.

وإن لم يصلح أن يزرع غرباً.. لا يلزمه الأجر فيما بقي وإن لم يخاصم [٥٢٢/أ].

---

(١) في المخطوط: (الزرع كله بطلت الإجارة)، والمثبت من «قاضي خان» (١٦٣/٢) وهو الصواب.

أَو الرَّحَى.

(أو الرحى)، إذا انقطع ماء الرحى.. فهو عذر تفسخ به الإجارة، بل تنفسخ؛ فإن لم يفسخ.. يرفع عنه من الأجر بحسابه؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة: قد فات فواتاً يرجى عوده فيخير المستأجر؛ كما لو أبق العبد المستأجر للخدمة.

واختلفوا في تفسير قول محمد: «بحسابه»:

قيل: حساب أيام الانقطاع؛ حتى لو انقطع الماء عشرة أيام من الشهر.. سقط حصة عشرة أيام من الأجر؛ لأنه فات منفعة الطحن في عشرة أيام.

وقيل: بقدر حصة الماء الذي انقطع دون الثلث، فينظر إلى بيت الرحى وهو يطحن بكم يستأجر عشرة أيام، وهو لا يطحن بكم يستأجر؟ فإن كان وهو يطحن يستأجر عشرة أيام بعشرة، وهو لا يطحن يستأجر بخمسة.. سقط خمسة دراهم، وهي حصة ما انقطع من الماء، ولا يسقط ثلث المسمى؛ لأن منفعة الطحن إن فاتت.. بقي منفعة السكنى وربط الدابة؛ فإن له أن يسكن فيه ويربط فيه دوابه، فسقط من الأجر بقدر ما فات، وبقي بقدر ما بقي.

قاله في «المحيط السرخسي».

والأول: أصح؛ بدليل أن محمداً قال: إذا انقطع الماء شهراً ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر.. فلا أجر عليه.

قال في «قاضي خان»: استأجر رحى ماء فانقطع ماؤه.. كان له أن يرده، وإن لم يرده حتى مضت المدة.. لا أجر عليه.

وإن قل الماء؛ بحيث تدور الرحى وتطحن نصف ما كانت تطحن.. كان للمستأجر أن يرده أيضاً، وإن لم يرد حتى طحن.. كان ذلك رضى، وليس له أن يرده بعد ذلك؛ لأنه رضي بالعيب.

استأجر طاحونتي ماء في موضع يكون الحفر على المؤاجر في عرفهم، واحتاج النهر إلى الكري، وصار بحال لا يعمل إلا أحد الرحايين؛ فإن كان بحال: لو صرف

أَو أخلَّ بِهِ؛ ....

المـاء إليهمـا جميعـاً عمـلا ناقصـاً.. كـان للمسـتأجر أن يفسـخ الإجـارة؛ لاخـتلال المطلوب، وإن لـم يفسـخ الإجارة.. فعليه أجرهما جميعاً؛ لأنه تمكن من الانتفاع بهما بصفة النقصان.

وإن كان بحال: لو صرف الماء إليهما لم يعملا.. كان عليه أجر أحدهما إذا لم يفسخِ الإجارة؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع إلا بإحداهما.

وإن تفاوت أجرهما.. فعليه أجر أكثرهما إذا كان الماء يكفي لأكثرهما أجراً.

وإن كان ذلك في موضع يكون كري النهر على المستأجر في عرفهم.. كان عليه كل الأجر؛ لأن العجز والخلل كان لمعنىً من قبله، وهو بمنزلة: ما لو استأجر خيمة وانكسرت أوتادها.. لا يسقط الأجر؛ لأن الأوتاد تكون على المستأجر.

قال في «المحيط السرخسي» [٥٢٢/ب]: لو اختلفا في انقطاع الماء.. فلا يخلو:

إما أن اختلفا في قدر أيام الانقطاع، أو اختلفا في أصل الانقطاع.

فإن اختلفا في قدر أيام الانقطاع؛ بأن قال المستأجر: انقطع الماء عشرة أيام، وقال الآجر: خمسة أيام.. فالقول للمستأجر؛ لأن الآجر يدعي تسليماً مبتدأً يعود الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر.. فيكون القول له.

وإن اختلفا في أصل الانقطاع.. ينظر:

إن كان الماء منقطعاً يوم الخصومة.. فالقول للمستأجر؛ لأن الظاهر شهد له.

وإن كان الماء جارياً.. فالقول للآجر مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له حينئذ.

(**أو أخل به**) عطف على قوله: «فوت».

والذي ظهر منه: أنه لم يفرق بين العيب المفوت للنفع، وبين العيب المخل بالنفع في أن العقد يفسخ بالفسخ، ولا ينفسخ بغير الفسخ.

والمختار: الفرق بينهما؛ بأنَّ العقد ينفسخ بدون الفسخ بالعيب المفوت للنفع، ولا ينفسخ بدون الفسخ بالعيب المخل به.

كَمَرَضِ العَبْدِ، ودَبَرِ الدَّابَّةِ.

فَلَو انْتفعَ بِهِ معيباً، أَو أَزَالَ المؤَجِّرُ عَيبَهُ.. سَقَطَ خِيَارهُ.

وتفسخُ بالعُذرِ، ....

(كمرض العبد) المستأجر للخدمة.

ولو كان العبد سارقاً.. كان عذراً في فسخ الإجارة مثل مرضه.

بخلاف ما لو وجد العبد غير حاذق في الخدمة.. فإنه لا يكون عذراً في الفسخ. كذا في «قاضي خان».

(ودبر الدابة)؛ أي: جرح ظهرها أو خفها على ما نقل عن ابن الأثير.

وكذا ند الدابة: عذر في الفسخ.

(فلو انتفع)؛ أي: المستأجر (به)؛ أي: المستأجَر بالفتح (معيباً)؛ أي: بالعيب المفوت للنفع وبالعيب المخل به على ما هو الظاهر من سوق كلامه.

أما سقوط الخيار في الثاني: فظاهر؛ لأن العقد لا ينفسخ به بدون الفسخ بالاتفاق؛ فإذا لم يفسخ وانتفع به معيباً.. سقط الخيار ولزمه الأجر.

وأما سقوطه في الأول: فعلى القول: «أن العقد لا ينفسخ بالعيب المفوت للنفع ما لم يفسخ، بل له خيار الفسخ أيضاً».

(أو أزال المؤجر عيبه)؛ كما إذا بنى الدار المهدومة، وكذا إذا زال العيب بنفسه (.. سقط خياره)؛ لأنه لما استوفى المنفعة مع العيب.. فقد رضي بالعيب ولزمه جميع الأجرة، وليس له خيار كما في البيع.

(وتفسخ) الإجارة (بالعذر)، فيه إشارة:

إلى أنها لا تنفسخ من غير فسخ بالأعذار التي ذكرها في الكتاب.

وقيل: إنها تنفسخ من غير فسخ.

وإلى أنها لا تحتاج في الفسخ إلى القضاء.

وقيل: إنها تحتاج، على ما تقدم، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تفسخ الإجارة إلا بالعيب؛ بناء على أصله: «أن المنافع عنده بمنزلة الأعيان» حتى يجوز العقد عليها، فكانت كالبيع، والبيع لا يفسخ بالعذر، بل إنما يفسخ بالعيب، فكذا الإجارة.

قلنا: إن المنافع غير مقبوضة قبل الاستعمال أو الاستيفاء [٥٢٣/أ] وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع، فتفسخ به الإجارة كالبيع بالعيب؛ لأن العيب الحادث قبل القبض إنما أوجب حق الفسخ؛ لأنه لا يمكنه المضي في موجب العقد إلا بضرر يلزمه، وهو لم يرض به، فثبت له حق الرد؛ دفعاً للضرر عن نفسه.

وكذلك العذر: متى تحقق قبل القبض.. عجز العاقد عن المضي على موجب العقد إلا بضرر يلزمه، وهو لم يرض به.

ثم الشافعي محجوج عليه بما سيأتي من مسألة: قلع سن سكن وجعه، وطبخ وليمة ماتت عروسها؛ إذ لا خلاف في جواز الفسخ بهذه الأعذار، وكذا في غيرها.

ومما خالفنا فيه الشافعي: الفسخ بخيار الشرط وخيار الرؤية؛ فإنه يقول: لا يصح اشتراط الخيار في الإجارة، ولا خيار الرؤية أيضاً:

أما خيار الشرط؛ فلأن الخيار؛ إن كان للمستأجر.. لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله؛ لفوات بعضه في مدة الخيار، وإن كان للمؤجر.. فلا يمكن تسليمه على الكمال؛ لفوات بعضه أيضاً في مدة الخيار، وكل ذلك يمنع الخيار، وهذا بناء على أصله: «أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين في البيع: يمنع الفسخ»، فكذا هنا.

وأما خيار الرؤية؛ فلأن استئجار ما لم يره: استئجار لما هو مجهول.. فلا يجوز؛ للجهالة.

وَهُوَ: ....

قلنا: في الجواب عن الأول: أن الإجارة: عقد معاملة لا تستحق القبض في المجلس، وكل ما هو كذلك.. جاز اشتراط الخيار فيه، وذلك بأن استأجر داراً سنة على أنه أو المؤجر مخير فيها ثلاثة أيام كما في البيع، والجامع بينهما: دفع الحاجة؛ فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لئلا يقع فيه الغبن، وفوات بعض المعقود عليه.. لا يمنع الرد، بخلاف العيب في الإجارة كما تقدم، فكذا بخيار الشرط.

بخلاف البيع؛ فإن فوات بعض المبيع: يمنع الرد، وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة، فلذا.. اشترط رد الكل في المبيع دون الإجارة؛ لأن التكليف بحسب الوسع.

ولأجل عدم اشتراط رد الكل في الإجارة: يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة؛ لأن التسليم بكماله غير ممكن.

وبخلاف النكاح؛ فإنه ليس بعقد معاملة، فلا يحتاج إلى التروي؛ لأنه لا يقع بغتة، بل يقع على وجه السوم والتأمل.. فلا يحتاج إلى اشتراط الخيار؛ دفعاً لاحتمال الغبن [٥٢٣/ب].

وبخلاف الصرف والسلم؛ لأن القبض فيهما يستحق بالعقد في المجلس على ما تقدم، فاشتراط الخيار: يمنع تمام القبض المستحق فيهما بالعقد.

وفي الجواب عن الثاني: أن الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى النزاع، وهذه الجهالة لا تفضي إليها؛ لأنها إن لم توافقه.. يرده، فلا تمنع الجواز؛ فإذا ثبت له كل من خيار الشرط والرؤية.. ثبت له حق الفسخ بكل منهما.

والمصنف ذكر في أول الإجارة: جواز كل من خيار الشرط والرؤية، ولذا.. لم يذكر هنا.

(وهو)؛ أي: العذر، هذا شروع في تفسير العذر الموجب لحق الفسخ عندنا.

الْعَجزُ عَنِ الْمُضِيّ على مُوجَبِ العَقدِ إلّا بتحمُّلِ ضَرَرٍ غيرِ مُسْتَحقٍّ بِهِ؛ كقلعِ سنٍّ سكنَ وَجَعُه بَعْدَمَا استؤجرَ لَهُ، وطبخٍ لوليمةٍ مَاتَت عروسُها بعدَ الاستئجارِ للطَّبخِ لَهَا أَوِ اخْتلعَتْ.

واعلم: أن العذر الموجب لحق الفسخ على نوعين:

نوع في جانب المؤجر.

ونوع في جانب المستأجر.

وجعل الإمام «قاضي خان» العيوب المذكورة: من الأعذار التي في جانب المستأجر، والتعريف الذي ذكره المصنف: صادق على النوعين على ما هو قانون التعاريف.

(**العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر**)؛ أي: ضرر أحد المتعاقدين مالاً أو بدناً.

(**غير مستحق**)؛ أي: ذلك الضرر (**به**)؛ أي: بالعقد، ولم يلزم به، وبه تم الحد.

ثم شرع في ذكر أمثلة العذر الذي في جانب المستأجر:

(**كقلع سن سكن وجعه**) واستغنى عن قلعه (**بعدما استؤجر له**)؛ أي: للقلع.. فإنه يفسخ؛ للزوم ضرر القلع للمستأجر.

(**وطبخ**) - عطف على «قلع»؛ أي: كضرر طبخ طعام - (**لوليمة ماتت عروسها بعد الاستئجار للطبخ لها**)؛ أي: للوليمة.

يعني: استأجر رجلاً ليطبخ طعام الوليمة، فماتت عروسها.. فإنه يفسخ العقد؛ للزوم ضرر الطبخ للمستأجر.

(**أو اختلعت**) المرأة من زوجها.. فإنه يفسخ العقد؛ للزوم ضرر الطبخ للمستأجر أيضاً.

وَكَذَا لَو اسْتَأْجرَ دكَّاناً ليتَّجَر فَذهبَ مَالُه.

أَو آجرَ شَيْئاً فَلَزِمَهُ دينٌ لَا يجدُ قَضَاءَهُ إِلّا من ثمنِ مَا آجرَهُ وَلَو بِإِقْرَارِهِ.

(وكذا)؛ أي: يفسخ العقد **(لو استأجر دكاناً ليتَّجِرَ)** في ذلك الدكان بالبيع والشراء **(فذهب ماله)** وافتقر.. فإنه عذر للمستأجر يفسخ به العقد؛ سواء أراد ترك التجارة أصلاً بسبب فقره، أو أراد التحول إلى تجارة أخرى؛ لأن في الجري على موجب العقد: إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد.

وقال بعضهم: إن تهيأ له أن يعمل التجارة الثانية أو الحرفة الثانية في الدكان الأول.. ليس له أن ينقض الإجارة، وإن لم يتهيأ له ذلك.. كان له أن ينقض الإجارة. كذا في «قاضي خان».

بخلاف ما لو وجد دكاناً آخر أرخص من الأول.. فإن ذلك لا يكون عذراً.

وبخلاف ما لو اشترى دكاناً، فأراد التحول إليه.. فإنه لم يكن عذراً. كذا في «قاضي خان».

وهل يكون ضيق الدكان عذراً للمستأجر؟

قيل: لا، وقيل: نعم. كذا في «شرح [٥٢٤/أ] النقاية».

قيده بالدكان، وهل هو كذلك لو استأجر داراً ليسكن فيها، ثم افتقر المستأجر؟

قلت: إنه كذلك كما في «الحاوي القدسي»؛ فإنه قال: وكمن آجر دكاناً أو داراً، ثم أفلس وركبته الديون.. فسخ القاضي العقد.

وهذا كله في جانب المستأجر.

ثم شرع في بيان بعض العذر الذي في جانب المؤجر: **(أو آجر شيئاً)**؛ أي: بيتاً أو دكاناً أو رحى **(فلزمه دين لا يجد قضاءه إلا من ثمن ما آجره ولو)** وصلية **(بإقراره)**؛ أي: ولو كان الدين لزمه بإقراره.. فيه إشارة: إلى أن الدين لو لزمه بعيان أو بينة.. كان بطريق الأولى في العذر.

أَو اسْتَأْجرَ عبداً لِلْخدمَةِ فِي الْمصرِ أَو مُطلقاً فسافرَ.

وهل ينفرد المؤجر في الفسخ بسبب هذا الدين، أم يحتاج إلى القضاء، أو الرضاء؟

ففي «قاضي خان» قال: إن المؤجر إذا لحقه دين لا وفاء له إلا بثمن المستأجر.. فإنَّ المؤجر لا ينفردِ بالنقض، ويفوض ذلك إلى القاضي؛ لتعارض الضررين، فيرجح القاضي أحدهما على الآخر؛ فإذا أراد القاضي فسخ الإجارة لأجل الدين.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: يبيع الدار، فينفذ بيعه، فتفسخ الإجارة.

وقال بعضهم: يفسخ الإجارة أولاً، ثم يبيع.

هذا إذا كان الدين ظاهراً.

وإن لم يكن ظاهراً، ولكن صاحب الدار أقر بالدين على نفسه وكذبه المستأجر.. قال أبو حنيفة: يصح إقراره، ويفسخ القاضي الإجارة بينهما.

وقال صاحباه: لا يصح إقراره.

فالمصنف: اختار قول أبي حنيفة.

وهل يكون الفقر عذراً للفسخ مثل الدين المؤجر؟

ففي «قاضي خان» جعله عذراً أيضاً؛ فإنه قال: رجل آجر داره، ثم صار معسراً، ولا يجد نفقة نفسه ولا عياله.. كان له أن يفسخ الإجارة؛ كما لو لحقه دين فادح. انتهى.

بخلاف ما لو انهدم المنزل الذي سكنه المؤجر، وليس له مسكن آخر سوى الذي آجره.. فإنه لم يكن له أن يفسخ الإجارة.

وكذا لو أراد الآجر أن يتحول عن مصره.. لم يكن ذلك عذراً. كذا في «قاضي خان».

(**أو استأجر عبداً للخدمة في المصر**) متعلق بالخدمة (**أو مطلقاً**)؛ أي: غير مقيد بالخدمة في المصر، (**فسافر**)؛ أي: المستأجر؛ فإن سفر المستأجر عذر له تفسخ به

أَو اكترى دَابَّةً للسَّفرِ ثمَّ بدا لَهُ مِنْهُ.

وَلَو بدا للمكاري مِنْهُ.. فَلَيْسَ بِعُذْرٍ.

وَلَو مرِضَ.. فَهُوَ عذرٌ فِي رِوَايَةِ الْكَرْخِيِّ، دونَ رِوَايَة «الأَصْل».

وَلَوِ اسْتَأْجرَ خيّاطٌ يعْملُ لنَفسِهِ عبداً يخيطُ لَهُ فأَفلسَ.. فَهُوَ عذرٌ.

الإجارة؛ لأن من استأجر عبداً للخدمة.. ليس له أن يخرجه إلى السفر.

بخلاف سفر المؤجر.. فإنه ليس بعذر له.

وكذا سفر من استأجر داراً.. عذر له تفسخ به الإجارة، لا سفر المؤجر.

(أو اكترى دابة للسفر، ثم بدا له منه)؛ أي: أن يقعد من السفر أو يرجع عنه في بعض الطريق.. فإن هذا عذر للمستأجر تفسخ به الإجارة.

(ولو بدا للمكاري منه)؛ أي: من السفر **(.. فليس)** [٥٢٤/ب] **(بعذر)**؛ لأنه يمكنه إبقاء المعقود عليه من العبد والدابة والدار في يد المستأجر من غير لزوم ضرر؛ بأن يقيم غيره مقام نفسه في الحي، ودفع الدابة إليه.

(ولو مرض)؛ أي: المكاري **(.. فهو)**؛ أي: مرض المكاري **(عذر في رواية الكرخي)**؛ لأنه لا يعري عن ضرر؛ لأن غيره لا يشفق على دابته أو عبده مثله، والمكاري لا يمكنه الخروج إليه بنفسه لمرضه، فيتضرر.

بخلاف ما إذا لم يمرض المكاري.. فإنه حينئذ يمكنه الخروج إليه بنفسه، فلا يتضرر.

(دون رواية «الأصل»)؛ لما ذكرناه: من أنه يصح إقامة الغير مقامه للحفظ.

(ولو استأجر خياطٌ يعمل) صفة لخياط **(لنفسه)**، احترز به عن خياط يعمل بأجر على ما سيأتي حكمه **(عبداً)** مفعول استأجر **(يخيط)** صفة «عبداً» **(له)**؛ أي: للخياط الذي يعمل لنفسه، **(فأفلس)** الخياط **(.. فهو)**؛ أي: إفلاس الخياط **(عذر)** تفسخ به الإجارة؛ لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد؛ لفوات مقصوده وهو رأس ماله.

بِخِلَافِ خيّاطٍ يخيطُ بِالْأَجْرِ.

وَبِخِلَافِ تَركِهِ الْخياطَةَ ليعْمَلَ فِي الصَّرْفِ.

وَبِخِلَاف بيعِ مَا آجرَهُ.

وَلَوِ اسْتَأْجَر دكَّاناً لعملِ الْخياطَةِ فَتَركَهُ لعملٍ آخرَ.. فعذرٌ.

(بخلاف خياط يخيط) للإنسان (بالأجر).. فإن رأس مال هذا الخياط: الخيط والمخيط والمقراض، فلا يتحقق فيه الإفلاس.

حتى لو استأجر هذا الخياط غلاماً يخيط معه في الدكان.. فليس له فسخ الإجارة مع الغلام.

وقيل: يتحقق له الإفلاس أيضاً؛ بأن يظهر عند الناس خيانته، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو تلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث إن الناس لا يأمنون على ثيابهم.

(وبخلاف) متعلق بالمسألة الأولى؛ أعني قوله: «ولو استأجر خياط يعمل نفسه» (تركه الخياطة ليعمل) ذلك الخياط في (الصرف)؛ يعني: استأجر خياط يعمل لنفسه عبداً يخيط له، ثم أراد الخياط ترك الخياطة ليعمل في الصرف.. فهذا ليس بعذر يفسخ به العقد مع العبد؛ لأنه يمكنه المضي على موجب العقد بدون لزوم ضرر له؛ بأن يقعد العبد للخياطة في ناحية الدكان، وهو يعمل للصرف في ناحية أخرى منه.

(وبخلاف بيع ما آجره)؛ فإن بيعه ليس بعذر؛ لأنه لا يلزمه الضرر في المضي على موجب العقد، وإنما يفوته الاسترباح، وإنه أمر زائد. كذا في «الهداية».

وقد تقدم: «أن بيع المستأجَر موقوف على إذن المستأجِر»، ومع هذا.. ليس للمستأجر أن يفسخ العقد، بل البيع نافذ في حق البائع والمشتري؛ حتى لا يحتاجان إلى تجديد البيع بعد الإذن.

(ولو استأجر دكاناً لعمل الخياطة، فتركه لعمل آخر.. فعذر)؛ لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين، فيكون عذراً؛ كما لو أراد [٥٢٥/أ] تركه بعذر الإفلاس أو الدين.

وَكَذَا: لَوِ اسْتَأْجرَ عقاراً، ثُمَّ أَرَادَ السّفَرَ.

وتنفسخُ بِمَوْتِ أَحدِ الْعَاقِدَين ....

(**وكذا لو استأجر عقاراً**) من دكان أو دار أو حمام أو خان، (**ثم أراد السفر**).. فإنه عذر للمستأجر، والإلزام: منع من السفر، أو إلزام الأجر على المستأجر بدون السكنى، وذلك ضرر له.

بخلاف المؤجر؛ فإنه لو أجر عقاره، ثم سافر.. لم يكن ذلك عذراً له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا ضرر له فيه؛ إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته.

(**وتنفسخ**) الإجارة بلا فسخ، ولذا قال: «تنفسخ» كما فيما سبق؛ إذ لا خلاف في انفساخها بدون الفسخ بعذر الموت.

(**بموت أحد العاقدين**)؛ أي: أحد من الآجر والمستأجر، أو أحد من الآجرين، أو أحد من المستأجرين؛ إذ الإجارة تنعقد ساعة فساعة، فتتوقف على حياتهما، فأيهما مات.. تنفسخ.

لكنه لو مات أحد الآجرين أو أحد المستأجرين.. تنفسخ الإجارة في حصته فقط دون حصة الحي، على ما صرح به في «قاضي خان» و«الكافي» و«المحيط».

وارتداد أحد المتعاقدين ولحوقه بدار الحرب: كموته في كونه عذراً للفسخ.

وإن عاد مسلماً إلى دار الإسلام في مدة الإجارة.. عادت الإجارة. كذا في «قاضي خان».

فإن قيل: هذا منقوض بما ذكر في «المحيط»: لو مات أحد العاقدين قبل انقضاء مدة الإجارة، وفي الأرض المستأجرة زرع.. يترك ذلك، ويكون على المستأجر أو على ورثته الأجر المسمى؛ لأن القول بالانفساخ إضرار بأحدهما؛ فإنه يوجب قلع الزرع، فبقينا العقد لهذا الضرر، ولهذا.. وجب المسمى؛ لأن الباقي حكم ذلك العقد، وذلك العقد يستدعي أن يكون مضموناً بالمسمى. انتهى.

فقد صرح: بأن هذه الإجارة لا تنفسخ بموت أحد العاقدين.

عقدَهَا لنَفسِهِ، فَإِن عقدَهَا لغيرِه.. فَلَا؛ كَالْوَكِيلِ، وَالْوَصِيّ، ومتولّي الْوَقْفِ.

وكذا لو مات المكاري في الطريق.. لا ينفسخ العقد حتى يبلغ مأمنه على ما صرحوا به.

قلنا: بقاء هذه الإجارة؛ لضرورة المصلحة، على ما صرح به في «المحيط» كما ترى، والضرورات مستثناة.

(عقدها)؛ أي: الإجارة، وهو صفة لأحد (**لنفسه؛ فإن عقدها لغيره.. فلا**) تنفسخ؛ لبقاء العاقدين حقيقة؛ لأن حكم العقد لم يقع له، بل للغير، فموته لا يغير حكمه.

(كالوكيل) بالإيجار؛ فإن حكم العقد وقع للموكل، فموته يؤثر في فسخ العقد لا للوكيل، فلا يؤثر موته.

قال في «قاضي خان»: تبطل الإجارة بموت الموكل لا بموت الوكيل، بخلاف الوكيل بالاستئجار؛ فإنه كالمالك: إذا مات.. تبطل الإجارة؛ لأنه توكيل بشراء المنافع، فكان كالوكيل بالشراء [٥٢٥/ب]، على ما في «البزازية»، ولهذا قيدنا الوكيل بالإيجار.

(والوصي) إذا آجر عقار اليتيم أو أرضه، ثم مات الوصي.. لا تنفسخ الإجارة.

وكذا الأب والقاضي إذا آجر أرض اليتيم أو عقاره ثم مات.. لا ينفسخ العقد.

ولو آجر الأب أو الوصي أو القاضي مال اليتيم، فبلغ اليتيم في مدة الإجارة.. كان له أن يفسخ الإجارة.

وكذا لو آجر المولى عبده، ثم أعتقه في مدة الإجارة.. كان للعبد أن يفسخ الإجارة. كذا في «قاضي خان».

(ومتولي الوقف)؛ فإنه إذا آجر الوقف، ثم مات أو عزل.. لم تنفسخ الإجارة؛ لأنه يعمل للغير؛ كالوكيل.

قال في «البزازية»: الواقف إذا آجر الوقف بنفسه، ومات.. القياس: أن ينفسخ، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف؛ لأنه كالمالك لا يلي أحد حجره.

وفي الاستحسان: لا يبطل؛ لأنه يعمل للغير كالوكيل. انتهى.

أطلقه، وهو مقيد بما لم يكن موقوفاً عليه، كما صرح به في وقف «الأشباه»؛ حيث قال: الناظر إذا آجر، ثم مات.. فإن الإجارة لا تنفسخ بموته، إلا إذا كان هو الموقوف عليه وكان جميع الريع له.. فإنها تنفسخ بموته.

* * *

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)

وَلَو أحرقَ حصائَدِ أَرض مستأجَرَةٍ، أَو مستعارَةٍ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرضِ غَيرِهِ.. لا يضمَنُ إِنْ كَانَتِ الرّيحُ هادئةً.

وإنَ كانتَ مضطربةً.. ضَمِنَ.

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)

أي: متفرقة

(ولو أحرق حصائد) - جمع حصيد -: وهو الزرع المحصود، والمراد بها ههنا: ما يبقى من أصول القصب المحصود في (أرض مستأجرة أو مستعارة) يعلم منه: أرض مملوكة له بطريق الأولى، (فاحترق شيء في أرض غيره.. لا يضمن)؛ لأن هذا سبب لا علة، وشرط الضمان في التسبيب: التعدي، ولم يوجد التعدي هنا؛ فصار كما لو حفر بئراً في ملك نفسه، أو أحرق حصائد ملك نفسه فتلف به إنسان.. فإنه لا يضمن؛ لعدم التعدي؛ فإنه تصرف في ملكه.

بخلاف ما إذا أحرقت شيئاً لإنسان في الموضع الذي أوقدت فيه النار، أو رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً.. حيث يضمن؛ لأنه مباشر، فلا يشترط فيه التعدي؛ لأن المباشرة علة لا يبطل حكمها بعذر، متى وجدت.. وجد الحكم البتة، والتسبيب ليس بعلة، فلا بد له من التعدي ليلحق بالعلة، وإحراق الحصائد في مثله: مباح، فلا يضاف الحكم إليه، فلا يصير علة، هكذا ذكر المسألة مشايخنا من غير تقييد.

وقيدها شمس الائمة بما ذكره المصنف، وهو قوله: (إن كانت الريح هادئة وإن كانت مضطربة.. ضمن)، واختلف في تفسير قوله: «هادئة»

قيل: إنها بالنون من هدن؛ أي: سكن.

وقيل: إنها بالياء من هدأ بالهمزة؛ أي: سكن.

معناه على التقديرين: أنه إذا كانت الريح [٥٢٦/أ] ساكنة حين أوقد النار، ثم تحركت.. لا يضمن؛ لأنه لا صنع له في تحريكها.

وأما إذا كانت الريح مضطربة حين أوقد النار.. ينبغي أن يضمن؛ لأنه يعلم أنها لا تستقر، فلا يقدر.

هذا مختار شمس الأئمة، واختاره المصنف أيضاً.

ومن هذا التفصيل قالوا: إنه لو وضع جمرة في الطريق فأحرقت شيئاً.. ضمن؛ لأنه صار متعدياً بالوضع على الطريق.

ولو رفعته الريح إلى شيء آخر فأحرقت شيئاً.. لا يضمن؛ لأن الريح نسخت فعله، فلم يكن متعدياً.

ولو أخرج الحداد الحديد من الكير في دكان، فوضعه على العلاة، وضربه بمطرقة، وخرج شرر النار إلى طريق العامة وأحرق شيئاً.. ضمن.

ولو لم يضربه، ولكن أخرج الريح شيئاً فأحرق شيئاً.. لم يضمن؛ لعدم التعدي.

ولو أوقد في تنوره ناراً، وألقى فيه من الحطب ما لا يتحمله التنور، فأحرقت بيته وتعدت إلى دار الجار فأحرقتها.. يضمن صاحب التنور.

ولو مر بنار في ملكه أو ملك غيره، فوقعت شرارة منها على ثوب إنسان فاحترق.. قال محمد بن الفضل: يضمن؛ لأنه لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب واسطة.

حتى لو طارت الريح بشرر من النار وألقته على ثوب إنسان.. لا يضمن؛ لأنه غير مضاف إليه، بل إلى الريح. كذا روي عن أبي يوسف.

وقال بعض مشايخنا: إن من مر بالنار في موضع له حق المرور، فوقعت منه شرارة في ملك إنسان أو ألقاها الريح.. لا يضمن.

وإن لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع.. فالجواب على التفصيل:

إن وقعت منه شرارة.. يضمن، وإن هبت به الريح.. لا يضمن، وعليه الفتوى.

وله نظائر، ولنذكر بعضها.

وفي «العمادي»: إذا تعلق برجل وخاصمه، فسقط من المتعلق به شيء فضاع.. يضمن المتعلق؛ للتعدي؛ أي: إن سقط من تعلقه، وإلا.. فلا.

ومن [هدم][1] بيت نفسه، فسقط من ذلك بيت جاره.. لا يضمن؛ لأنه غير متعد فيه.

ولو ضرب رجلاً، فسقط المضروب مغشياً عليه، فسقط منه شيء وتوى.. قال محمد: يضمن الضارب المال الذي مع المضروب؛ لأنه هو المستهلك.

وكذا: يضمن ثيابه التي عليه لو تلفت، وكذا: لو مات المضروب.

ولو أخذ رجلاً وألقاه في حوض أو نهر، وفي جيب ذلك الرجل أو في كيسه دراهم، فسقط في الحوض؛ إن سقط عند إلقائه في الماء.. يضمن؛ لأنها سقطت بفعله، وإن سقطت وقت خروجه [٥٢٦/ب] عن الماء.. لا يضمن؛ لأنها ضاعت بفعل صاحبها.

لو قال لغيره: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلك وأخذه اللصوص.. لا يضمن.

ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن.. وباقي المسألة بحالها.. ضمن؛ لأن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة، أو ضمن الغار السلامة للمغرور نصّاً.

ولو قال الطحان لصاحب الحنطة: اجعل الحنطة في الدلو، فجعله في الدلو، فذهبت من ثقب كان به إلى الماء والطحان كان عالماً به.. يضمن؛ لأنه صار غاراً في ضمن العقد.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد، وههنا العقد يقتضي السلامة، فيصير مغروراً، فيضمن.

---

(١) زيارة من «المحيط البرهاني» (٥/٥٠٩).

فتح باب قفص لرجل، فخرج منه الطائر، أو فتح الزق والسمن جامد، فذاب، فخرج منه السمن.. قال محمد: يضمن الفاتح.

بخلاف ما لو حل قيد العبد فأبق العبد.. فإنه لا يضمن؛ لأن العبد له عزيمة؛ فإن [كان][1] العبد ذاهب العقل.. لا يضمن.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن في الكل؛ لأن كون الطير على الخروج، بل هو مقتضى طبعه، والسمن تلف من دونه لا من فتح الزق، والفتح سبب بعيد.. فلا يضاف التلف إليه.

والجواب: أن كون الطير على الخروج لما كان مقتضى طبعه لا عن عزيمة؛ إذ لا عزيمة للحيوان.. كان القياس أن يضمن الفاتح؛ كما في حبل القنديل؛ لأن السقوط بعد قطع الحبل من مقتضى طبع القنديل.

بخلاف ما لو شق زق دهن سائل حتى سال.. فإنه يضمن بالاتفاق.

ولو فتح باب إصطبل وخرج الحمار وتلف.. قال محمد: يضمن، وقال أبو حنيفة: لا يضمن.

ولو نقب حائط إنسان بغير الإذن، ثم غاب الناقب، فدخل إنسان من ذلك النقب وسرق شيئاً.. لا ضمان على الناقب؛ لأنه مسبب لا مباشر، والمباشر هو السارق.

وقيل: يضمن الناقب.

والمختار للفتوى: عدم الضمان على الناقب.

واعلم: أن أصحابنا فرقوا بين النار والماء، وقالوا: لا ضمان بسراية النار، ويضمن ما تلف بسراية الماء؛ لأن طبع النار الجمود، والتعدي أنما يكون بفعل الريح ونحوه، وطبع الماء السيلان، فالتعدي من فعل مسيل الماء.

---

(١) زيارة من «لسان الحكام» (٢٧٨) لا بد منها.

وَلَو أَقعدَ خياطٌ أَو صَبّاغٌ فِي حانوتِهِ مَنْ يطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ بالنِّصفِ.. صَحَّ.

قال أبو جعفر: من سقى أرضه فتعدى إلى أرض جاره.. فهو على وجوه: إن أجرى الماء في أرضه إجراء لا يستقر في أرضه، وإنما يستقر في أرض جاره [٥٢٧/أ].. كان ضامناً.

وإن كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره؛ إن تقدم إليه جاره بالسكر والإحكام ولم يفعل.. كان ضامناً، ويكون هذا بمنزلة الإشهاد على الحائط المائل.

وإن لم يتقدم إليه حتى تعدى.. لم يضمن.

وإن كان أرضه صعوداً وأرض جاره هبوطاً ويعلم أنه إذا سقى أرضاً ينفذ إلى أرض جاره.. كان ضامناً ويؤمر بوضع المسناة.

وذكر في «الملتقط»: إذا أجرى الماء في النهر ما لم يتحمله النهر، فدخل دار إنسان بغير ثقب.. ضمن ما تلف.

وإن دخل داراً من حجر لولا الحجر لما دخل، والحجر خفي.. لا ضمان عليه. الكل في ضمانات «العمادي» و«الفصولين». وليطلب تفصيله من هذين الكتابين.

(**ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته**)؛ أي: دكانه (**من يطرح عليه العمل بالنصف**) الباء متعلق بأقعد (.. **صح**) في الاستحسان.

صورته: أنه إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف، وهو رجل مشهور بين الناس وله جاه واعتبار عندهم، ولكنه غير حاذق، فأقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويطرح العمل على ذلك الرجل الحاذق ويعمل الحاذق، وجعلا ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين.. جاز استحساناً.

وفي القياس: لا يجوز.

وَكَذَا: لَوِ اسْتَأْجرَ جَمَلاً يحملُ عَلَيْهِ محملاً، وراكبينَ إِلَى مَكَّة، وَله الْمحمَلُ الْمُعْتَادُ.

والطحاوي مال إلى القياس، وقال: القياس في هذه المسألة: أولى عندي من الاستحسان.

وجه القياس: أن رأس مال صاحب الدكان: المنفعة[1]، وهي لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن التقبل للعمل؛ إن كان صاحب الدكان على ما ذكرناه.. يكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول، وإن كان العامل مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول.. فلا يصح.

ووجه الاستحسان: أن هذه ليست بإجارة، وإنما هي شركة الصنائع، وهي شركة التقبل.

لأن شركة التقبل: أن يكون ضمان العمل عليهما، وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل بحذاقته وهو متعارف.. فوجب القول بصحته للتعامل.

فإن قيل: إن شركة التقبل: هو أن يشتركا على أن تقبل الأعمال.. على ما تقدم في الشركة، وههنا ليس كذلك، بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر.

أجيب: بأن الشركة في الخارج تقتضي إثبات الشركة في التقبل، فيثبت فيه اقتضاء؛ فإذا كان شركة لا إجارة.. لم تضره الجهالة فيما يحصل؛ كما في الشركة.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**لو استأجر جملاً**)؛ أي: إبلاً (**يحمل عليه محملاً**) [٥٢٧/ب] (**وراكبين إلى مكة، وله المحمل المعتاد**).

والقياس: أن لا يصح، وهو قول الشافعي؛ لأن المحمل مجهول فيفضي إلى المنازعة.

وجه الاستحسان: أن المقصود: هو الراكب، وهو معلوم، والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يزول بالصرف إلى المعتاد.

---

(١) كذا في المخطوط والمراجع، ولعلها: (السمعة)، والله أعلم بالصواب.

وإِنْ شَاهَد الْجمَّالُ الْمحملَ.. فَهُوَ أَجودُ.

وإِنِ اسْتَأْجرَهُ لحملِ زَادٍ فَأكلَ مِنْهُ.. فَلهُ رَدُّ عِوَضِهِ.

وَلَو قَالَ لغاصبِ دَارِهِ: فَرِّغْها، وإِلَّا فأَجرُها كلَّ شهرٍ كَذَا، فَلم يفرِّغْ.. فَعَلَيهِ المسمّى.

(وإن شاهد الجمال) بالجيم؛ أي: المكاري (المحمل.. فهو أجود)، لأنه أبعد من الجهالة وأقرب بتحقق الرضاء منه.

(وإن استأجره)؛ أي: الجمال (لحمل زاد) إلى مكة مثلاً، (فأكل منه)؛ أي: من الزاد في الطريق (.. فله)؛ أي: للمستأجر (رد عوضه)؛ أي: رد ما أكل من الزاد؛ لأنه استحق عليه حمل قدر معين في جميع الطريق.. فله أن يستوفيه.

وقال بعض الشافعية: ليس له أن يرد عوض ما أكل؛ لأن عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد، ولا يردون بدله شيئاً، والمطلق يحمل على المتعارف، وعقدهم هذا مطلق، فيحمل على عدم الرد.

بخلاف الماء؛ حيث يكون له الرد بدل ما نفذ منه؛ لأن العرف عندهم في الماء جرى برده عند نفاده.

ولنا: أنه لما استحق عليه حملاً مقدراً في جميع الطريق.. له أن يستوفيه، والعرف مشترك؛ فإن بعض المسافرين يردون الزاد كالماء، فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحمل فعل من لا يرد منهم: على أنهم استغنوا عن الرد.. فلا يلزم حجة علينا.

ولهذا: يرده بعضهم، وهم المحتاجون إليه.

فوجب جواز رد ما نقص، وهو المقصود، فمعنى قوله: «فله رد عوضه»: أنه يجوز له رد عوضه إن أراد الرد، وليس المكاري يتبعه.

(ولو قال لغاصب داره: فرغها) - من التفريغ - (وإلا)؛ أي: وإن لم تفرغها (فأجرها كل شهر كذا)؛ أي: فهي عليك كل شهر بكذا، (فلم يفرغ) الغاصب (..فعليه)؛ أي: فعلى الغاصب (المسمى)؛ لأنه رضي بالمسمى بطريق التعاطي.

فَإِن جَحَدَ الْغَاصِبُ مِلْكَهُ، أَو لم يجْحَدْ لَكِنْ قَالَ: لَا أريدُها بِالْأَجْرِ.. فَلَا وإِنْ برهنَ على مِلْكِهِ بعدَ جَحدِهِ.

وفي إضافة الدار إلى ضمير المغصوب منه: إشارة إلى أن الغاصب مقر بأن الدار ملك المغصوب منه.

(فإن جحد الغاصب ملكه أو لم يجحد، لكن قال: لا أريدها بالأجر.. فلا) أجر على الغاصب؛ لأنه لم يكن راضياً بالإجارة على التقديرين.

(وإن) وصلية **(برهن)** المغصوب منه **(على ملكه بعد جحده)**؛ أي: جحد الغاصب، بل يحكم بالدار للمغصوب منه بلا أجر عليه؛ لأن الحكم يثبت بقدر دليله.

وإنما قال: «لكن قال: لا أريدها بالأجر»؛ إذ لو سكت عند قوله: «فرغها وإلا فأجرها كل شهر كذا».. يلزمه المسمى على ما صرح به الشيخ علاء الدين.

قال في أول الإجارات من «القنية»: رهن دار غيره وهي معدة للاستغلال، فسكنها [٥٢٨/أ] المرتهن.. لا شيء عليه؛ لأنه لم يسكنها ملتزماً للأجر، بل بتأويل عقد الرهن؛ كما لو رهنها المالك، فسكنها المرتهن.. لا يجب الأجر لما ذكر.

ثم قال بعلامة محمد ترجماني: سئل الوبري عن فساد البيع بوجه، أو فسخ البيع بالتراضي وطلب البائع الدار، وامتنع مشتريها عن ردها، فقال البائع: هي عليك كل سنة بخمسة دنانير، ومضت السنة.

أجاب الوبري: بأنه يجب المسمى إن سكت المشتري؛ أما إذا صرح بالإنكار.. فلا شيء عليه؛ لأن الدلالة تبطل بالصريح.

بخلاف قول الخجندي والصفار المروزي: غصب دابة أو داراً، فقال مالكها له: أجرتها كل يوم بدرهم، أو قال: إن لم ترد إلي فعليك كل يوم درهم، واستعملها مدة.. لا أجر عليه ما لم يقبل العقد.

وهذا خلاف جواب الوبري.

وَمَنْ آجرَ ما اسْتَأْجَرهُ بِأَكْثَرَ.. يتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ.

ورجح الإمام الزاهدي في «القنية» نقلاً عن أستاذه جواب الوبري؛ حيث قال بعدما نقل جواب الوبري والخجندي والصفار: قال أستاذنا: وما أجاب به الوبري.. صحيح من حيث الرواية؛ [فإنه] ذكر في «شرح السير الكبير» استشهاداً بأن المؤجر إذا أشهد على المستأجر بعدما نهاه عن الإقامة فيها بعد مضي مدة الإجارة: أنه إن أقام الشهر الداخل فأجر الدار عليه عشرون درهماً، ثم أقام.. فعليه عشرون درهماً؛ لأنه رضي المشروط.

قال: وانتزع أصحابنا منه مسألة أخرى، فقالوا جميعاً: بأن المغصوب منه إذا أشهد على الغاصب أنه «إن رددت إلي داري.. فبها، وإلا أخذت منك كل شهر ألف درهم».. فالإشهاد صحيح، فلو أقام فيها الغاصب بعده.. يلزمه الأجر المسمى.

قال: وفي «المحيط» نقلاً عن «النوازل»: مثل مسألة الاستشهاد.

وفي «المنتقى»: مثل مسألة الغاصب، لكن ما أجاب به الخجندي والصفار: صحيح من حيث المعنى؛ لأن إقامة الغاصب فيه محتمل، فلا يكون رضاً بالشك.

هذا، والذي ظهر من كلام المصنف: أنه اختار جواب الوبري في مسألة الغصب أيضاً؛ يعني: أنه يلزم الغاصب المسمى بعد تقاضي المغصوب منه وإن سكت الغاصب عن قبول العقد صريحاً.

واختاره أيضاً في «البزازية»؛ حيث قال فيها: سكن دار غيره.. لا يجب الأجر، إلا إذا تقاضاه رب الدار، ويسكن الغاصب بعده؛ لأنه يكون التزاماً.

(**ومن آجر ما استأجره بأكثر.. يتصدق بالفضل**)؛ لأنه ربح ما لم يقبضه.

وعند [٥٢٨/ب] الشافعي: يطيب له الفضل؛ لأن المنفعة مقبوضة حكماً عنده؛ لكونها بمنزلة الأعيان عنده، فصارت ربح ما قبض.

هذا فيما إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأول، وإلا.. طاب الفضل اتفاقاً على ما ذكره الطحاوي. كذا في «شرح المجمع».

وتصحُّ الْإِجَارَةُ مُضَافَةً.

قال في «البزازية»: لا يجوز له الفضل إلا في مسألتين:

إحداهما: إذا كانت الأجرة الثانية من خلاف جنس الأول.

الثانية: أن يعمل المستأجر عملاً يكون قائماً وقت الإجارة؛ كعمارة الدار وتجصيصها، أو جعل المسناة على الأرض، بخلاف كنس الدار ورفع التراب.

(**وتصح الإجارة مضافة**) إلى الزمان المستقبل؛ كما إذا أضافها إلى رمضان وهو في شعبان؛ بأن قال: آجرتك داري هذه بكذا غداً أو في رمضان إلى سنة، وهو في شعبان، وهذا لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنافع وحدوثها، والمنافع لا يتصور وجودها في الحال، فتكون مضافة إلى المستقبل بالضرورة، وهذا هو معنى الإضافة.

وهل يجوز نقض هذه الإجارة قبل مجيء ذلك الوقت؟

ففي أول إجارات «قاضي خان»: رجل قال لغيره: آجرتك داري هذه غداً بدرهم، ثم آجرها اليوم من غيره إلى ثلاثة أيام، فجاء الغد وأراد المستأجر الأول أن يفسخ الإجارة الثانية.. فيه روايتان عن أصحابنا:

في رواية: للأول أن يفسخ الإجارة الثانية، وبه أخذ نصير.

وفي رواية: ليس له أن يفسخ الثانية، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، والفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني، وهو قول عيسى بن إبان، وعليه الفتوى.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي: أن الإجارة المضافة لازمة قبل وقتها، فلا تظهر الثانية في حق الأولى. انتهى.

فعلم منه: أن جواز نقض الإجارة المضافة قبل وقتها: مختلف فيه، والمختار للفتوى: جوازه بالإجارة الثانية، والمختار عند السرخسي: عدم جوازه.

ولو كانت الأولى ناجزة.. لا تظهر الثانية في حق الأولى.

هذا إذا كانت الأولى مضافة إلى الغد، ثم آجر من غيره إجارة ناجزة.

ولو كانت الثانية مضافة أيضاً.. لا تظهر في حق الأولى اتفاقاً، هذا فيما إذا آجر إلى غيره قبل مجيء ذلك الوقت.

وهل يجوز له نقضه قبل مجيء ذلك الوقت بالبيع إلى الآخر، أم لا يجوز؟

ذكر في «قاضي خان» عن «المنتقى»: فيه روايتان:

في رواية: ليس للآجر أن يبيع قبل مجيء الوقت.

وفي رواية [٥٢٩/أ] قال: إذا باع أو وهب قبل مجيء الوقت.. جاز ما صنع.

والفتوى: على أنه ينفذ البيع وتبطل الإجارة المضافة، وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني.

ثم إذا نفذ البيع؛ فإن رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل مجيء وقت الإجارة.. عادت الإجارة على حالها، وإن عاد إليه بملك مستقل.. لا تعود الإجارة.

وهل يملك الآجر الأجرة بالتعجيل أو باشتراط التعجيل في الإجارة المضافة كما يملكه في الإجارة المطلقة على ما تقدم في أول الإجارة؟

ففيه روايتان:

في رواية: أنه يملك بالتعجيل أو باشتراط التعجيل.

وفي رواية: لا يملك. ذكره «قاضي خان» في فصل الإجارة الطويلة.

وفي شرح «النقاية»: والفتوى: على أنه يملك.

هذا كلها في إضافة الإجارة إلى زمان مستقبل؛ بأن قال: آجرتك داري هذه غداً بكذا.

وأما لو علقها بزمان مستقبل؛ بأن قال: إذا جاء غد فقد أجرتك داري هذه بكذا.. ففيه اختلاف:

قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الإسكاف: إنه يجوز، ولا يعدّ هذا خطراً في

وَكَذَا: فَسخُهَا، والمزارعةُ والمعاملةُ ....

الإجارة؛ لأن هذا الوقت يجيء لا محالة، بخلاف التعليق بشرط آخر؛ مثل: قدوم زيد وشفاء المرضى ونحوهما.

وقال أبو القاسم الصفار: لا يجوز.

وفي «القنية»: والفتوى على الجواز.

(**وكذا فسخها**)؛ أي: يصح فسخ الإجارة مضافة إلى زمان مستقبل؛ بأن يقول: فسختها غداً أو رأس الشهر الآتي.

وأما تعليق فسخها بزمان مستقبل مثل مجيء غد.. فلا يصح على المفتى به، كما في «قاضي خان»؛ حيث قال في أول الإجارات: لو آجر داره كل شهر بكذا، ثم قال: إذا جاء الشهر.. فقد أبطلت الإجارة.

قال الفقيه أبو الليث: كما يصح تعليق الإجارة بمجيء الشهر.. يصح تعليق فسخها أيضاً بمجيء الشهر وغيره من الأوقات.

وقال شمس الأئمة السرخسي: قال بعض أصحابنا: إضافة الفسخ إلى الغد وغيره من الأوقات: صحيح، وتعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره: لا يصح.

والفتوى على قوله.

(**والمزارعة**)؛ أي: وتصح المزارعة أيضاً مضافة إلى الزمان المستقبل؛ بأن قال: دفعت إليك هذه الأرض للزراعة أو العمل فيها غداً أو رأس الشهر الآتي، وأما تعليقها بالشرط.. فلا يصح على ما تقدم قبيل كتاب الصرف.

(**والمعاملة**)؛ أي: المساقاة؛ بأن قال: ساقيتك بستاني هذا أو كرمي أو أشجاري هذا من أول الشهر الآتي أو بعد شهر [٥٢٩/ب] من هذا الوقت.. صح.

وأما تعليقها بالشرط.. فلا يصح على ما تقدم.

وَالْمُضَارِبَةُ وَالْوكَالَةُ وَالْكَفَالَةُ والإِيصاءُ وَالْوَصِيَّةُ وَالْقَضَاءُ والإِمارةُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ وَالْوَقْفُ.

لَا البيعُ وإِجازتُهُ ....

(والمضاربة)؛ كما إذا دفع عشرة دراهم إلى زيد، وقال له بعدما صارت العشرة عشرين: اعمل به مضاربة بالنصف.. فإنه يصح، ويصير مضارباً عند صيرورة العشرة عشرين، وقد تقدم أنها يصح تعليقها بالشرط أيضاً.

(والوكالة)؛ كما إذا قال: بع عبدي غداً أو رأس الشهر الآتي.. يصح، ويصح بيعه في الغد ورأس الشهر الآتي، واختلف في العزل قبل ذلك الوقت، وصح رجوعه إجماعاً بشرط علم الوكيل، على ما في «شرح النقاية» نقلاً عن «العمادي»، ويصح تعليقه بالشرط كما تقدم.

(والكفالة)؛ بأن قال: كفلت بنفس فلان غداً.

(والإيصاء)؛ أي: جعله وصياً بأن قال: أوصيتك بعد موتي.

(والوصية)؛ بأن قال: ثلث مالي لكذا بعد موتي.

(والقضاء والإمارة)؛ أي: تفويضهما؛ بأن قال الإمام: أنت قاضٍ أو أمير رأس الشهر الآتي.

(والطلاق)؛ بأن قال لامرأته: أنت طالق غداً أو رأس الشهر الآتي، فتطلق في ذلك الوقت.

(والعتق)؛ بأن قال لعبده: أنت حر غداً.

(والوقف)؛ بأن قال: داري هذه موقوفة على كذا بعد موتي أو بعد هذا الشهر.

(لا البيع)؛ أي: لا يصح إضافة البيع إلى الزمان المستقبل؛ كما إذا قال: بعتك عبدي غداً.

(وإجازته)؛ أي: البيع إذا عقد فضولي؛ بأن قال: أجزت بيعه غداً.

وفسخُه وَالْقِسْمَةُ وَالشَّرِكَةُ وَالْهِبَةُ وَالنِّكَاحُ وَالرَّجْعَةُ وَالصُّلْحُ عَن مَالٍ، وإبراءُ الدّين.

(وفسخه)؛ أي: البيع ولو كان بيعاً جائزاً، فلو قال أحد العاقدين: فسخت البيع بعد غد.. لا يصح الفسخ.

(والقسمة)؛ بأن قال: اقتسمت غداً.. لم يصح.

(والشركة، والهبة، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، وإبراء دين).

وكذا لا يصح العفو عن القصاص مضافاً، بأن قال: عفوت عنه غداً، كما في «العمادي».

وإنما لم يجز إضافة هذه العقود إلى زمان مستقبل؛ لأنها تمليك، وقد أمكن تنجيزها للحال.. فلا حاجة إلى الإضافة إلى المستقبل، بخلاف الفصل الأول.

* * *

(كتاب المكاتب)

(كتابُ الْمكَاتَبِ)

الْكِتَابَةُ: ....

(كِتَابُ المُكَاتَبِ)

قال في «المصباح»: كاتبت العبد مكاتبة وكتاباً من باب قاتل.

قال الأزهري: الكتاب والمكاتبة: أن يكاتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم، ويعتق العبد إذا أدى النجوم، والعبد مكاتَب – بالفتح -: اسم مفعول، وبالكسر: اسم فاعل.

فعلى هذا: معنى التركيب: «كتاب أحوال مكاتبة المكاتب».

أورده عقيب كتاب الإجارة لمناسبة: أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة.

بخلاف البيع؛ فإنه عقد يستفاد به المال [٥٣٠/أ] بمقابلة مال.

وكذا الهبة بشرط العوض.

وبخلاف النكاح والطلاق والعتق على مال؛ فإنها عقود يستفاد بها المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول، لكن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة، بل بطريق التبع.

(الكتابة): **هو في اللغة**: اسم للمكتوب.

قيل في بعض الشروح: هي لغة: مصدر كاتب عبده.

قلت: فيه نظر؛ لأن مصدر «كاتب عبده» ليس كتابة، بل مكاتبة وكتاباً.

وأما «الكتابة» فمصدر كتبنا في المعاملات، لا مصدر كاتب عبده، على ما صرح به في «المصباح»؛ حيث قال:

تَحْرِيرُ الْمَمْلُوكِ يداً فِي الْحَالِ، ورقبةً فِي الْمَآلِ.

يقال: كاتب العبد مكاتبة وكتاباً: من باب قاتل، وكتبنا كتاباً في المعاملات وكتابة بمعنى.

وقول الفقهاء: «باب الكتابة»: فيه تسامح؛ لأن الكتابة: اسم للمكتوب.

وقيل: للمكاتبةِ كتابةٌ؛ تسمية باسم المكتوب مجازاً واتساعاً؛ لأنه يكتب في الغالب للعبد على مولاه كتاباً بالعتق عند أداء النجوم.

ثم كثر الاستعمال، حتى قال الفقهاء للمكاتبة: كتابة وإن لم يكتب شيء.

وشذ الزمخشري فجعل المكاتبة والكتابة بمعنى واحد، ولا يكاد يوجد لغيره، ويجوز أنه أراد «الكتاب» فطغا القلم بزيادة الهاء. انتهى ما في «المصباح».

وقال في «المغرب»: وأما الكتابة في معنى المكاتبة.. فلم أجدها إلا في «الأساس».

وفي الشرع: (**تحرير المملوك**)، فيه إشارة إلى أن شرط الكتابة: قيام الرق في المحل.

(**يداً**) تمييز من التحرير؛ أي: إزالة المولى عن نفسه ملك اليد وتمليكه إلى العبد؛ حتى لا يملك المولى أكسابه.

(**في الحال**) متعلق بالتحرير أيضاً.. فلا يمنعه المولى عن البيع والشراء والخروج إلى السفر.

(**ورقبةً**) عطف على يداً (**في المآل**)؛ أي: في وقت أداء بدل الكتابة. هذا قول العامة.

وقال بعض مشايخنا: إنها تحرير المملوك يداً ورقبةً في الحال، لكنه لا يملك رقيقه إلا عند الأداء، وهذا تحديدها شرعاً.

وأما ركنها: الإيجاب والقبول بألفاظ سيأتي ذكرها.

فَمنْ كَاتبَ مَمْلُوكَه ....

وشرطها: قيام الرق في المحل، وكون البدل معلوماً؛ مالاً كان أو عملاً، وأما كونه منجماً أو مؤجلاً.. فليس بشرط، حتى يجوز الكتابة على المال الحال والمنجم.

وحكمها:

في جانب العبد: انتفاء الحجر، وثبوت الحرية في حق اليد حالاً.

وفي جانب المولى: بقاء رقبة العبد على ملكه، وثبوت حق المطالبة ببدلها متى شاء، واسترداده إلى ملكه إذا عجز.

(فمن كاتب مملوكه)؛ بأن قال: كاتبتك على ألف، أو على أن تخدمني شهراً أو سنة أو سنتين [٥٣٠/ب] مثلاً.. فإن الكتابة على الخدمة مدة معينة جائزة استحساناً.

وفي «واقعات المفتي»: من قال لعبده: أنت حر على أن تخدمني أربع سنين، فقبل.. عتق، وعليه أن يخدمه أربع سنين.

فإن مات المولى قبل الخدمة.. بطلت الخدمة؛ لأنه شرط الخدمة للمولى، وقد مات المولى.

فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: على العبد قيمة نفسه.

وعلى قول محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين.

ولو كان خدم سنة، ثم مات المولى.. فعلى قولهما: عليه ثلاثة أرباع قيمة نفسه.

وعلى قول محمد: عليه قيمة خدمته ثلاث سنين.

وكذلك لو مات العبد وترك مالاً.. يقضى لمولاه في ماله بقيمة نفسه في قولهما.

وفي قول محمد: يقضى بقيمة الخدمة. انتهى.

وفي «الحاوي القدسي» نأخذ بقول محمد.

وَلَو صَغِيراً يعقلُ بِمَالٍ حَالٍّ أو مُؤَجَّلٍ أَو منجَّمٍ ....

(ولو) وصلية (صغيراً يعقل)؛ أي: يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له.

خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: لا يصح كتابة الصغير؛ لأنه ليس بأهل للعقد.

قلنا: إنه إذا كان عاقلاً للبيع والشراء.. كان من أهل القبول.

وإن كان لا يعقل فكاتبه، ثم أداها عنه رجل، فقبلها المولى.. لم يعتق ويسترد المال؛ لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منفعة، لا في عقد باطل، ولا بد أيضاً أن يعقل الغبن اليسير من الفاحش على ما في «المضمرات».

(بمال) متعلق بكاتب، ولا بد أن يكون المال معلوماً، وإلا.. فلا يصح.

(حال أو مؤجل) سنة أو سنتين مثلاً.

(أو منجم)؛ بأن يقول: كاتبتك على ألف درهم إلى سنة على أن تعطيني كل شهر كذا، وهو من التنجيم: بمعنى التوقيت بطلوع النجم.

قال الراغب: أصل النجم: الكوكب الطالع، ويقال: نجمت عليه إذا وزعته؛ كأنك فرضت أن تدفع عند طلوع نجم – أي: كوكب – نصيباً، ثم صار متعارفاً في تعدي الدفع بما قدره. هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز كتابة الحالَّة؛ لأنه عاجز عن تسليم المعقود عليه؛ لأنه مملوك لا يقدر على شيء، وفي زماننا: لا يمكنه التحصيل.. فلا يجوز إلا منجماً، وأقله نجمان ليتمكن من التحصيل؛ إذ القدرة على التحصيل: شرط لصحة العقد، ألا ترى أن العجز الطارئ يبطلها على أصلكم، فكذا العجز المقارن على أصلنا؟!

بخلاف السلم الحال؛ فإنه يجوز على أصله؛ لأن العاقد في السلم أهل للملك قبل العقد، فالظاهر: أنه قادر على إنفاذ ما التزم، وإقدامه على العقد: يدل على ذلك.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا﴾ الآية؛ فإنه يتناول الحال والمؤجل، والصغير والكبير.. فلا يجوز تقييده

فَقبلَ.. صحَّ.

وَكَذَا: لَو قَالَ: جعلتُ عَلَيْكَ أَلفاً تُؤَدِّيهِ نُجُوماً، أَوَّلُهَا كَذَا، وَآخِرُهَا كَذَا، فَإِذا أديتَهُ فَأَنتَ حرٌّ، وَإِن عجزتَ فَقِنٌّ، فَقبلَ.. صحَّ.

بالمؤجل ولا بالكبير؛ لأنه [٥٣١/أ] نسخ الكتاب، فلا يجوز.

ولأن البدل في الكتابة: معقود به كالثمن في البيع؛ حتى صح الاستبدال به قبل القبض، والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد؛ فإن من ليس عنده شيء يصلح للثمنية.. جاز أن يشتري ما يشاء مما شاء.

بخلاف السلم؛ فإن المسلم فيه معقود عليه لا يجوز العقد على المعدوم، فجعلنا الأجل عوضاً عما فات من القدرة؛ ليمكنه التحصيل في المدة، ولأن الكتابة عقد إرفاق.. فالظاهر أنه يسامحه، ولا يطالبه في الحال.

بخلاف السلم؛ لأنه مبني على المماكسة والمضايقة.. فالظاهر: أنه لا يسامحه المطالبة؛ إذا توجه له المطالبة نحوه في الحال.

هذا، وهل تصح الكتابة إلى أجل مجهول كالحصاد ونحوه؟

ففي «شرح النقاية» للقهستاني: أنها تجوز.

(فقبل) العبد (.. صح)؛ لوجود المقتضي، وهو: الإيجاب والقبول وارتفاع المانع.

وإنما اشترط قبول العبد؛ لأنه يلزمه المال؛ لأنها عقد معاوضة، فلا بد من التزامه؛ إذ لا لزوم بلا التزام.

(وكذا)؛ أي: صح (لو قال) المولى: (جعلت عليك ألفاً تؤديه) ألفاً (نجوماً)؛ أي: في أوقات متفرقة؛ فإنها جمع نجم، سمى بالوقت (أوّلها) بالنصف؛ أي: في أول النجوم، (كذا) درهماً من البدل، (وآخرها) من آخر النجوم (كذا) درهماً من البدل؛ (فإذا أديته فأنت حر، وإن عجزت فقن)؛ أي: فأنت قن، (فقبل) العبد.. (صح) الكتابة في الاستحسان، ولزمه المال المقدر؛ لوجود المقتضي، وارتفاع المانع.

وَلَو قَالَ: إِذا أدّيتَ إِليّ ألفاً كلَّ شهرٍ مائَةً فَأَنت حُرًّ.. فَهُوَ تَعْلِيقٌ.

وَقيل: مُكَاتَبَةٌ.

وَإِذا صحتِ الْكِتَابَةُ.. خرجَ عَن يَدِ الْمولى ....

يعني: أنها تنعقد بقوله: «جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً، أولها: كذا وآخرها: كذا» يحتمل الكتابة والضريبة [وله أن يضرب] على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة.

وقوله بعد ذلك: [«إن أديته فأنت حر»][1] يكون تفسيراً ومخصصاً له بالكتابة دون الضريبة؛ لأنه ظاهر في الكتابة، فيصلح تفسيراً للمحتمل.

وقوله بعد ذلك: «وإن عجزت فقن»: فضلة من الكلام غير محتاج إليه، وإنما أتى به حثّاً له على أداء بدل الكتابة.

(**ولو قال: إذا أديت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حر.. فهو تعليق**) في رواية أبي حفص.

قال فخر الإسلام: وهو الأصح؛ اعتباراً بما لو قال: إذا أديت إلي ألفاً في هذا الشهر بلا تنجيم فأنت حر.. فإنه تعليق لا كتابة.

والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيراً لها؛ لأنه يدخل في سائر الديون أيضاً، وقد تخلو الكتابة عنه، ولم يوجد لفظ مختص بالكتابة حتى يكون تفسيراً لها.. فلا يكون كتابة، بل يكون تعليقاً.

(**وقيل**) - وهو رواية أبي سلمان - (**مكاتبة**)؛ لأن التنجيم يدل على الوجوب؛ لأنه [٥٣١/ب] يستعمل للتيسير، وذلك في المال، ولا يجب إلا بالكتابة؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة.

(**وإذا صحت الكتابة**)؛ لخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي (**.. خرج**) المكاتب والمكاتبة (**عن يد المولى**)؛ لتحقق الحرية يداً في الحال كما دل عليه

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (١٥١/٥).

دونَ مِلْكِهِ؛ فَإِذا أَتلفَ مَالَهُ.. ضمنَهُ.

وَكَذَا: إن وَطِىءَ الْمُكَاتبَةَ، أَو جنى عَلَيْهَا، أَو على وَلَدهَا.

تحديدها بما تقدم.

ولهذا.. لم يكن للمولى بعد تحقق العقد منعه عن السفر ولو بعيداً، ولا عن البيع والشراء؛ لأنه مالك يده وكسبه.

(**دون ملكه**)؛ أي: ملك المولى؛ لما مر في التعريف: «من أنه حر رقبة في المآل لا في الحال»، فلا تخرج رقبته عن ملكه في الحال، ولأن الكتابة عقد معاوضة تقتضي المساواة بين المتعاقدين، وأصل البدل: يجب للمولى في ذمته بنفس العقد، لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه إلا بالقبض؛ لأن ثبوته في ذمته مع المنافي؛ إذ المولى لا يستوجب ديناً على عبده، ولهذا.. لا تصح الكفالة به، فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضاً.

فإذا تم للمولى الملك بالقبض.. تمت المالكية للعبد أيضاً، وتمام المالكية لا يكون إلا بالعتق، فيعتق؛ لضرورة المالكية، فتتحقق المساواة بذلك ابتداءً وانتهاءً.

(**فإن أتلف**) تفريع على قوله: «خرج عن يد المولى» أي: إن أتلف المولى (**ماله**)؛ أي: مال المكاتب (.. **ضمنه**) المولى؛ لأنه بالكتابة خرج عن يد المولى وصار كالأجنبي، فصار أحق بأكسابه؛ ليتوصل إلى المقصود بالكتابة وهو حصول الحرية.

(**وكذا**)؛ أي: ضمن المولى العقر (**إن وطئ المكاتبة**)؛ لأنها أحق بقيمة بضعها بالكتابة، والمراد بالعقر: هو قيمة بضعها.

(**أو جنى عليها**)؛ أي: على المكاتبة (**أو على ولدها**)؛ يعني: أو جنى على المكاتبة أو على ولدها بالجرح، أو على مالها بالإتلاف.. يضمن أرش جرحها وقيمة مالها أو مثلها؛ لأنها أحق بنفسها ومالها بالكتابة.

وكذا يضمن أرش جرح المكاتب إن جنى عليه بالجرح.

وَإِن كَاتَبَهُ على قِيمَتِهِ.. فَسدتْ.

فَإِن أَدَّاهَا عتقَ.

(وإن كاتبه على قيمته.. فسدت) الكتابة.

وصورته: كاتبتك على قيمتك، أو إن أديت إليَّ قيمتك فأنت حر؛ (فإن أدّاها)؛ أي: القيمة هكذا وقع في النسخ بالفاء، ولو قال: وإن أداها بالواو مكان الفاء.. لكان أولى (.. عتق)؛ لارتفاع الجهالة بالأداء.

وإنما فسدت؛ لأن القيمة: مجهولة القدر؛ لاختلافها باختلاف المقومين.

وكذا جنسها مجهول؛ لأن القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان، ولم يتعين واحد منهما، ففسد؛ لتفاحش الجهالة؛ كما إذا كاتب على دابة أو ثوب؛ لأن الدابة والثوب أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس.. لا يثبت في الذمة أصلاً؛ حتى في النكاح، ولأن موجب الكتابة الفاسدة [٥٣٢/أ]: القيمة، فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد، فيكون فاسداً. كذا في «الزيلعي».

قلت: هذا الوجه الثاني من قبيل الاستدلال بوجود اللازم الأعم على وجود الملزوم، وقد ثبت: أن وجود اللازم لا يدل على وجود الملزوم، بل الأمر بالعكس.

وقد يقال بطريق المعارضة: إنه لو كاتب عبده على عبد: يجوز، ويجب قيمة عبد وسط أو قيمته؛ حتى لو أتى بقيمته.. يجبر المولى على قبولها، ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة.. لما صح ذلك.

أجيب: بأن القيمة في مسألة الكتابة لو وجبت.. وجبت قصداً، وهي مجهولة، فلا يمكن إيجابها قصداً.

وفيما إذا كاتبه على عبد.. يجب حكماً لا قصداً، وكم من شيء يثبت حكماً وضمناً ولا يثبت قصداً؛ إذ لا معتبر بالضمنيات في الشرع، ألا ترى: أن بيع الجنين لا يجوز قصداً، ويجوز تبعاً لأمه.

وَكَذَا: تفْسدُ لَو كَاتَبَهُ على عينٍ لغيرِهِ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، ....

(وكذا تفسد لو كاتبه على عين لغيره) من المكيل أو الموزون أو العروض، لا النقدين من دراهم أو دنانير؛ فإن الكتابة على دراهم الغير أو دنانيره: صحيحة؛ لعدم تعينها بالتعيين، ولذا قيده بقوله: (تتعين بالتعيين).

قال في «قاضي خان»: إذا كاتبه على عين لغيره.. فيه روايتان، والأظهر: هو الفساد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن هذه الكتابة جائزة، حتى لو أهلك العبد ذلك العين وسلمها إلى المولى.. عتق، وإن عجز.. رد إلى الرق؛ لأن المسمى: مال متقوم، والقدرة على التسليم موهومة؛ فصار كما لو تزوج امرأة على عبد غيره.. فإن التسمية صحيحة؛ حتى لو لم يجز المالك.. رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل، ولو فسدت.. لرجعت به.

ووجه ظاهر الرواية: أن العين في المعاوضات معقود عليها، والقدرة على تسليم المعقود عليه: شرط لصحة العقد الذي يحتمل، وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد، فلا تصح تسميته.

بخلاف ما إذا كان البدل غير عين كالدراهم والدنانير؛ لأنه معقود به في العقد، فلا تشترط القدرة عليه كالثمن في البيع؛ لأن القدرة عليه ليس بشرط لصحة البيع، وإنما شرط لصحة القدرة على المبيع.

وبخلاف النكاح؛ لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح – وهو: تسليم منافع البضع - ليس بشرط، حتى لو تزوج صغيرة رضيعة.. جاز، فعلى ما هو تابع فيه - وهو المهر - أولى أن لا يشترط فيه القدرة، ولهذا جاز مع نفي المهر أيضاً.

ولأن الكتابة شرعت [٥٣٢/أ] على وجه يختص المكاتب بمكاسبه، فيثبت له حرية اليد حالاً، وحرية الرقبة مآلاً على ما نطق به تعريفها المذكور.

فلو جازت هذه الكتابة.. لثبتت الحريتان معاً لا على وجه التعاقب.. فيكون إعتاقاً ببدل، لا كتابة، وهو خلاف الغرض.

هذا فيما إذا لم يجز صاحب العين للعبد.

ولو أجاز صاحب العين له.. روي عن محمد: أنها تجوز - كما لو اشترى شيئاً بمال الغير فأجاز صاحبه.. يجوز – بالإجازة، مع أن البيع والشراء على المماكسة.. فالكتابة أولى؛ لأنها مبنية على المسامحة والمساهلة.

وروي عن أبي حنيفة: أنها لا تجوز أيضاً؛ اعتباراً له بحال عدم الإجازة.

وروي عن أبي يوسف: أنها تجوز؛ أجاز صاحبه ذلك أو لم يجز، غير أنه إذا أجاز.. وجب تسليم عينه، وإذا لم يجز.. وجب تسليم قيمته؛ كما في النكاح.

وإن لم يجز صاحبه، لكن المكاتب ملك العين بسبب وأداه.. فعن أبي حنيفة: أنه لا يعتق؛ لأنه لم ينعقد، إلا إذا قال له: إذا أديت إلي كذا فأنت حر.. فحينئذٍ يعتق بحكم الشرط.

وهذا في ظاهر الرواية عنه، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف: أنه يعتق؛ قال ذلك الشرط أو لم يقل؛ لأن العقد ينعقد مع الفساد بكون المسمى مالاً، فيعتق بأداء المشروط.

وإن كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذوناً له في التجارة:

في رواية: يجوز؛ لأنه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه.

وفي رواية: لا يجوز؛ لأن المولى كاتبه على مال نفسه؛ إذ الكلام في عين اكتسبه من قبل في يد المولى.

ولو كاتبه على دراهم ودنانير على يد المكاتب وهو من كسبه أيضاً.. يجوز بالاتفاق؛ لأنها تتعين في عقد المعاوضة.

أَو على مائَةٍ وَيردُّ عَلَيْهِ عبداً غيرَ معيّنٍ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تجوزُ، وتقسمُ الْمِائَةُ على قيمَةِ الْمكَاتَبِ، وَقِيمَةِ عبدٍ وسطٍ، فَيسْقطُ قِسطُ العَبْدِ، وَالْبَاقِي بدلُ الْكِتَابَةِ.

وَإِن كَاتبَ الْمُسلمَ بِخَمْرٍ أَو خِنْزِيرٍ.. فسد.

(**أو**) كاتبه (**على مائة**) من الدراهم أو الدنانير.

(**ويرد**) المولى؛ أي: بشرط أن يرد المولى (**عليه**)؛ أي: على العبد المكاتب (**عبداً غير معين**)؛ حتى لو شرط أن يرد عليه عبداً معيناً أو أمة معينة.. صح العقد اتفاقاً، كذا في «الدرر». هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: تجوز**) ولو كان العبد غير معين.

(**وتقسم المائة**) - على قول أبي يوسف - (**على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط، فيسقط قسط العبد، والباقي بدل الكتابة**) لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه.. جاز استثناؤه من العقد أيضاً، والعبد يجوز عقد الكتابة عليه.. فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة أيضاً، فيكون العبد مكاتباً بما بقي من قيمة العبد المستثنى؛ أعني: الوسط؛ لأن المطلق ينصرف إلى الوسط.

فإن قيل: المستثنى مجهول [٥٢٣/أ]، وجهالة المستثنى تقتضي جهالة المستثنى منه، وجهالة البدل: تفسد الكتابة.

قلنا: جهالة المستثنى: جهالة في وصف، وهي لا تمنع صحة التسمية.. فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية.

ولهما: أن بدل الكتابة مجهول القدر، فلا يصح؛ كما إذا كاتبه على قيمة العبد ابتداء، وهذا لأن العبد لا يمكن استثناؤه من الدراهم والدنانير إلا باعتبار القيمة، و تسمية القيمة تفسد العقد.. فكذا استثناؤها؛ لأن الاستثناء معتبر بالتسمية، على معنى: «أن كل ما يصح تسميته.. يصح استثناؤه، وما لا.. فلا» فكانت هذه الجهالة مفسدة.

(**وإن كاتب المسلم**) عبداً؛ مسلماً كان العبد أو كافراً (**بخمر أو خنزير.. فسد**)؛

فَإِن أَدَّاهُ.. عُتِقَ، ....

لأن الخمر والخنزير لا مالية لهما في حق المسلم، فلا يصلحان ببدل.

وكذا إذا كاتب الذمي عبده المسلم على خمر أو خنزير.. فسد العقد؛ لما ذكرناه.

بخلاف ما لو كاتب الذمي عبده الكافر على خمر أو خنزير.. فإنه يصح؛ لأن الخمر والخنزير مال في حقهما، فينعقد العقد صحيحاً لصحة البدل.

(**فإن أداه**)؛ أي: أدّى الخمر أو الخنزير (**.. عتق**)؛ أي: سواء قال المولى حين كاتبه: إن أديت إلي فأنت حر، أو لم يقل ذلك في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه.

وعن أبي حنيفة ومحمد: أنه يعتق بأداء عين الخمر والخنزير إذا قال له: إن أديتها فأنت حر؛ باعتبار أنه تعلق بالشرط وقد وجد الشرط، فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم.. فإنه لا يعتق إلا في صورة التعليق.

وعن أبي يوسف: أنه يعتق بأداء عين الخمر والخنزير وبأداء قيمة نفسه أيضاً.

أما الأول؛ فلأنه بدل صورة.

وأما الثاني؛ فلأنه بدل معنى.

وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه؛ لأن البدل في الكتابة الفاسدة: هو القيمة؛ كما في البيع الفاسد، كذا في أكثر نسخ «الهداية» في نقل قول زفر.

وقال في بعض نسخها: وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر.

قالوا: وهو غلط من الكاتب.

ووجِّه: بأن هذا يجوز أن يكون رواية أخرى؛ لأن الخمر من المثليات، فيصلح قيمة بدلاً.

وَلَزِمَهُ قِيمَةُ نَفسِه.

وَالْكِتَابَةُ على ميتَةٍ أَو دمٍ: بَاطِلَةٌ، فَلَا يعْتقُ بأَدَاءِ الْمُسَمّى.

وَتجبُ الْقِيمَةُ فِي الْفَاسِدَةِ، ....

ثم وجه ظاهر الرواية: أن الخمر والخنزير مال في الجملة وإن لم يكن لهما تقوم عند المسلم، فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما، وموجب العتق عند أداء البدل المشروط.

بخلاف الدم والميتة؛ إذ ليس لهما مالية أصلاً، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيهما، فاعتبر فيهما معنى الشرط؛ بأن قال: إذا أديت إلي فأنت حر، حتى لو لم ينص على هذا الشرط.. لم ينعقد العقد أصلاً.

بخلاف الخمر والخنزير؛ حيث ينعقد العقد عليهما فاسداً [٥٣٣/ب] وإن لم ينص على الشرط كما ذكرناه.

(ولزمه)؛ أي: لزم المكاتب (قيمة نفسه)؛ يعني: إذا عتق بأداء عين الخمر والخنزير.. لزمه أن يسعى في قيمته؛ لأنه وجب رد رقبته؛ لفساد العقد، وقد تعذر رده لوقوع العتق بالأداء، فيجب رد قيمة رقبته كما في البيع الفاسد؛ فإنه إذا تعذر رد عين المبيع بسبب الهلاك.. يجب رد قيمته في القيمي، ورقبة العبد قيمي، فيجب رد قيمته.

وأشار بإضافة القيمة إلى نفسه إلى رد ما في بعض نسخ «الهداية»؛ حيث قال: قال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر. كما ذكرناه.

(والكتابة على ميتة أو دم: باطلة)؛ لأنهما ليستا بمالين عند أحد أصلاً، فلا تنعقد؛ لعدم البدل.

(فلا يعتق بأداء المسمى)؛ لبطلان التسمية، إلا إذا قال: إن أديت إلي فأنت حر.. فإنه حينئذ ينعقد بصريح الشرط، ويعتق: بحكم اليمين، لا لأجل الكتابة، ولا يلزمه شيء؛ لأن العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية عقد المعاوضة.

(وتجب القيمة)؛ أي: قيمة العبد الذي كان كاتبه مولاه (في) الكتابة (الفاسدة)

وَلَا تنقُصُ عَنِ الْمُسَمّى، وتزادُ عَلَيْهِ.

وَصحّت على حَيَوَانٍ ذَكَرَ جنسَهُ فَقَط، لَا وَصفَه، ولا نَوْعه، وَلزِمَ الْوسطُ، أَو قِيمَتُهُ.

أي: بالغة ما بلغت على ما في «العناية».

(**ولا تنقص**) القيمة (**عن المسمى وتزاد عليه**)؛ أي: على المسمى، وهذا لأنه عقد فاسد، فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت؛ لأن المولى ما رضي بالنقصان؛ سواء كان في المسمى أو في القيمة؛ لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل، فلا يرضى بالنقصان؛ لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان.. فلا يفوت له شيء.

والعبد رضي بالزيادة؛ سواء كانت في القيمة أو في المسمى؛ كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً؛ فإنه إن لم يرض بها.. يمتنع المولى عن العقد، فيفوت له إدراك شرف الحرية. كذا في «العناية».

وبهذا التقرير: يندفع ما قيل: «إن اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر»، فكيف يتصور بطلان حق العبد في العتق أصلاً بعد استيفاء حقه لو لم يرض بالزيادة؟

وجه الاندفاع: أن اعتبار الزيادة والنقصان بناء على التقرير المذكور: إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه.

(**وصحت**)؛ أي: الكتابة (**على حيوان ذكر جنسه**) كالعبد والفرس والحمار، (**لا وصفه**) كالجودة والرداءة.

(**ولا نوعه**): ككونه تركياً أو هندياً.

وكذا صحت على ثوب بيّن:

جنسه: من القماش والقطن والكتان.

لا وصفه: من الجودة والرداءة.

ولا نوعه: من التركي والهندي.

(**ولزم الوسط**) من ذلك الجنس (**أو قيمته**)؛ أي: قيمة الوسط.

وقدر أبو حنيفة الوسط في العبد: بما قيمته أربعون درهماً.

وقالا: على قدر غلاء السعر [٥٣٤/أ] ورخصه.

ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة: عقد إرفاق، فالظاهر: أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب.

ثم إنما لزم الوسط؛ لأن الأصل في الحيوان: أن المجهول إذا ثبت في الذمة.. أن ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية، وفي الوسط: نظر للجانبين.

وإنما جوز القيمة حتى يجبر المولى على قبولها.. لأنه قضاء في معنى الأداء؛ لأنها أصل من وجه؛ أعني: من حيث إن البدل ـ أي الوسط ـ يعرف بها، فصار كأنه أتى بعين المسمى. هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا تجوز هذه الكتابة؛ لأنها عقد معاوضة كالبيع، فيكون تسمية البدل شرطاً فيها كما في البيع، والبيع مع البدل المجهول أو الأجل المجهول: لا يجوز فكذا الكتابة.

قلنا: إن هذا قياس فاسد؛ لأن قياس الكتابة على البيع:

إما أن يكون من حيث ابتدائها، أو من حيث الانتهاء.

والأول: لا يصح؛ لأن البيع: معاوضة مال بمال، والكتابة: معاوضة مال بغير مال؛ لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء.

وكذلك الثاني: لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة.. لكن على وجه سقط الملك فيه، فاشتبه النكاح في الانتهاء، وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح.. فلا تفسدها الجهالة اليسيرة في البدل؛ كما في النكاح، وصارت الجهالة في البدل كالجهالة في الأجل.

فإنه إذا كاتبه على ألف إلى الحصاد أو الدياس.. صح؛ لأن ما كان مبناه على المسامحة.. لا يضر فيه الجهالة اليسيرة.

وَصَحَّ كِتَابَةُ كَافِرٍ عَبدَهُ الْكَافِرَ بِخَمْرٍ مُقَدّرٍ، وَأيٌّ أَسْلَمَ.. فللسَّيدِ قيمتُهَا، وَعُتِقَ بأَدَاءِ عينِهَا.

بخلاف البيع؛ فإنه مبني على المضايقة والمماكسة، فتضره الجهالة في البدل والأجل.

وبخلاف ما إذا كاتبه على دابة أو حيوان.. حيث لا يجوز؛ لأن الجهالة فيها فاحشة لا يسيرة؛ حيث لم يبين فيها الجنس.

وكذا لو كاتبه على قيمته.. فإن الجهالة فيه أيضاً فاحشة على ما تقدم.

(**وصح كتابة كافر عبده الكافر**)، بخلاف عبده المسلم.. فإنه لا تصح كتابة عبده المسلم على خمر أو خنزير على ما تقدم.

(**بخمر مقدر**)، وإنما جازت؛ لأن الخمر مال عندهم كالخل عندنا، فصحت الكتابة بها، وإنما اعتبر التقدير؛ ليعلم قدر البدل.

(**وأي**) من المولى والعبد (**أسلم.. فللسيد قيمتها**)؛ أي: قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتمليكها، والقيمة: تصلح بدلاً في العقد ألا ترى: أنه لو كاتب عبده على عبد غير معين، فجاء بقيمة عبد وسط.. أجبر المولى على القبول؟!

(**وعتق**) المكاتب (**بأداء عينها**) [٥٣٤/ب]؛ أي: عين الخمر؛ لما تقدم من قبل: «أن الخمر مال في الجملة»، فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه: العتق عند أداء البدل المشروط، وإذا عتق بأداء عين الخمر.. لزمه أن يسعى في قيمته.

وقال في «العناية» نقلاً عن «التمرتاشي»: إنه لو أدى الخمر.. لا يعتق، فكان في العتق بأداء الخمر روايتان، وتفصيله في «الزيلعي».

* * *

(بَابُ تصرُّفِ المُكَاتَبِ)

لَهُ أَن يَبِيعَ، وَيَشْتَرِيَ، ويسافرَ، وَإِن شَرطَ عَدمَهُ.

(بَابُ تَصَرُّفِ المُكَاتَبِ)

(له)؛ أي: للمكاتب (**أن يبيع ويشتري**) ولو بغبن فاحش والمحاباة: عند أبي حنيفة.

وأما عندهما: فلا يصح بهما.

ولو قال: صحت له التجارة.. لكان شاملاً لمثل المضاربة والشركة والإجارة والاستئجار والاستقراض والإبضاع والاستبضاع والرهن والارتهان؛ فإن هذه التصرفات كلها من صنع التجار، فساغ للمكاتب كلها.

(**ويسافر**)؛ لأنه لما خرج عن يد المولى بالكتابة على ما تقدم.. كان له هذه التصرفات؛ لتحصيل البدل، وليس للمولى منعه لخروجه عن يده.

(**وإن**) وصلية (**شرط عدمه**)؛ أي: عدم السفر؛ بأن قال: كاتبتك على أن لا تخرج من البلد.

وكذا الحال في باقي التصرفات المذكورة.

وهذا: لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة؛ لأن مقتضاه: مالكية اليد على جهة الاستبداد، وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه؛ لتحصيل ما هو المقصود بالعقد.

وذلك قد يكون بهذه التصرفات، والسفر إلى البلاد النائية، والتقييد بمكان معين: ينافيه، والشرط المخالف لمقتضى العقد: باطل، فهذا الشرط باطل.

فإن قيل: فهذا بطلان العقد كما في البيع؛ فإنه يبطل ببطلان الشرط.

أجيب أولاً: بأن الشرط الباطل.. إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد، وهو يدخل في أحد البدلين؛ كما إذا قال: كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً أو

وِيزوِّجُ أَمَتَهُ، ويكاتِبُ عَبدَهُ، ....

على أن أطأكِ، وهذا ليس كذلك؛ لأنه لا شرط لا في بدل الكتابة، ولا فيما يقابله.. فلا تفسد به الكتابة.

وتحقيق هذا الجواب: أن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها عقد معاوضة واحتمالها الفسخ قبل الأداء.. فيشبه النكاح من حيث إنها معاوضة مال بغير مال، فعملنا فيها بالشبهين، فقلنا:

ببطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد؛ عملاً بشبه النكاح.

وببطلان العقد إذا تمكن في صلبه؛ عملاً بشبه البيع.

وثانياً: بأن الكتابة في جانب العبد: إعتاق، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة.

(ويزوج أمته)؛ لأن تزويج أمته من باب الاكتساب؛ لأنه يملك مهرها ويسقط نفقتها عن نفسه، وقد أطلق له [٥٣٥/أ] باب الاكتساب ضرورة قضيّة عقد الكتابة، فيملك هذا أيضاً ضرورة، لكن هذا إذا زوّج أمته أجنبياً.

وأما إذا زوج أمته عبده.. لا يجوز؛ لأنه ليس فيه اكتساب المال. كذا ذكره في «المحيط» و«الولوالجي».

وعن أبي يوسف: أنه يجوز أيضاً.

(ويكاتب عبده)، خلافاً لزفر والشافعي؛ لأنه يؤول إلى العتق، وليس للمكاتب أن يعتق عبده ولو على مال.

ولنا: أن الكتابة عقد اكتساب للمال، فيملكها كما يملك البيع، وربما تكون الكتابة أنفع من البيع؛ إذ البيع يزيل الملك بنفسه، والكتابة لا تزيله إلا بعد وصول البدل إليه، ولهذا يملكه الأب ووصيه؛ فإذا جاز البيع.. فأولى أن تجوز الكتابة.

بخلاف العتق على مال؛ فإنه ليس باكتساب للمال، بل هو من التصرفات الضارة؛ فإن بمجرد الإعتاق على مال: يزول الملك في الحال بعوض في ذمة المفلس؛ إذ هو حين أعتق مفلس لا مال له، ولا يزول في الكتابة إلا بعد سلامة

فَإِن أَدَّى بعدَ عتقِ الأَوَّلِ.. فولاؤُهُ لَهُ.

وإِنْ قبلَهُ.. فللسَّيِّدِ.

البدل له، والظاهر: أن البدل أكثر من قيمته، فظهر الفرق بين الكتابة والعتق على مال.

ولأن الإعتاق على مال: فوق الكتابة، والعقد لا يتضمن ما فوقه، ويتضمن مثله.. فجاز له الكتابة دون الإعتاق على مال.

ولا تعليق العتق على مال؛ لأن في تعليقه على مال: إثباتاً للحرية مقصوداً، فيكون فوق الكتابة.

(**فإن أدى**)؛ أي: إذا صح كتابة عبده؛ فإن أدى المكاتب الثاني؛ أي: عبده بدل الكتابة للمكاتب الأول (**بعد عتق**) المكاتب (**الأول.. فولاؤه**)؛ أي: ولاء المكاتب الثاني (**له**)؛ أي: للأول؛ لأن الولاء لمن أعتق، وقد عتق الثاني بعد تمام ملك الأول في رقبته.. فهو من أهل الولاء؛ لحريته كُملاً، فثبت له الولاء.

(**وإن**) أدى (**قبله**)؛ أي: قبل عتق الأول (.. **فللسيد**)؛ أي: فالولاء للسيد؛ لأنه تعذر إثبات الولاء من المكاتب الأول؛ لأنه رقيق رقبة بعد، فلا أهلية له للولاء، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه وهو سيده؛ كما إذا اشترى المأذون شيئاً.. فإنه لا يملكه؛ لعدم الأهلية، ويخلفه فيه مولاه؛ لأنه أقرب الناس إليه.

فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق.. لم يرجع ولاء الثاني إلى الأول.

لأنه بمنزلة النسب، وقد تقرر على شخص، فلا ينتقل بعده إلى غيره.

ولأن السيد جعل معتقاً مباشرة حكماً؛ لعدم أهلية المكاتب الأول، والولاء ينتقل من المعتق المباشر حكماً.

بخلاف حر الولاء في ولد الجارية؛ فإن مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة، بل سبباً باعتبار إعتاق الأصل وهي الأم، والأصل: أن الحكم لا يضاف إلى

وَلَيْسَ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَ بِلَا إِذنٍ، ....

السبب إلا عند تعذر الإضافة [٥٣٥/ب]، والتعذر عند عدم عتق الأب؛ فإذا أعتق.. زالت الضرورة، فيتحول الولاء إلى قوم الأب. وسيأتي تفصيله.

(**وليس له**)؛ أي: للمكاتب (**أن يتزوج**) امرأة (**بلا إذن**) سيده؛ لأنه ليس من باب الاكتساب، وفيه ضرر للمولى بلزوم المهر في رقبته.

وإن أذن له المولى.. جاز؛ لزوال المانع.

وهل للمكاتبة أن تتزوج رجلاً بلا إذن مولاها؟

قال الإسبيجابي: في «شرح الكافي»: ولا تتزوج المكاتبة بغير إذن مولاها؛ لأنها مملوكة للمولى.

وقال زفر: يجوز ذلك؛ لأنه من باب الاكتساب.

قلنا: المهر إنما وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد، فلا يملك التصرف فيه بغير إذن السيد.

وإن أعتقت المكاتبة قبل أن يفسخ النكاح.. يجوز ذلك النكاح؛ لزوال المانع وهو حق المولى، ولا خيار لها؛ لأنها باشرت العقد برضاها ونفذ بعد الإعتاق. كذا في «شرح الوقاية» لعلاء الدين.

لكنه قال في «قاضي خان»: المكاتبة إذا تزوجت بإذن المولى، ثم عتقت.. كان لها خيار العتق، وأحكام المكاتبة في النكاح والعدة: أحكام القنة.

وهل للمكاتب التسري؟

قال أصحابنا: لا.

قال في «الدرر»: ولا التسري.

اشتري جارية ليستمتع بها وطئاً، ولم يأذن المولى كالمأذون والمدبر؛ لأن مبنى التسري: على ملك الرقبة دون المتعة؛ فالرقيق وإن كان مكاتباً أو مأذوناً أو مدبراً..

وَلَا يهبَ وَلَو بعِوَضٍ وَلَا يتَصَدَّقُ إِلّا بِيَسِيرٍ، ....

لا يملك شيئاً من أحكام ملك المال؛ لكون رقبته مملوكة، ولا ينفع إذن المولى. انتهى.

(ولا يهب ولو) وصلية (بعوض، ولا يتصدق إلا بيسير)؛ لأن كلاً من الهبة والتصدق: تبرع ليس باكتساب المال.

والهبة بعوض: تبرع ابتداء.. فلا يملكه.

واليسير من الصدقة: من ضرورات التجار؛ لأنه لا يجد بداً من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون[1].

ومن ملك شيئاً.. يملك ما هو من ضروراته ولوازمه، ولا يجوز وصيته في ماله وإن ترك وفاء.

وكذا لا يجوز إيفاؤه في ولده، إلا أن يعتق قبل وفائه، ثم يموت.

فإن مات عن غير وفاء.. بطلت.

وإن مات عن وفاء.. كان وصياً عن أولاده الذين دخلوا في كتابته، لا في أولاده الحرائر. كذا في «الحاوي».

وقال في «قاضي خان»: المكاتب إذا أوصى بوصية.. فهو على وجوه ثلاثة:

إن أوصى بوصية، ثم مات عن وفاء.. لا تصح وصيته؛ لأنه يعتق قبل الموت في ساعة لا يسع كلمة الإيصاء.

والوجه الثاني: أن يقول المكاتب: إذا أعتقت فقد أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم أدى بدل الكتابة [٥٣٦/أ] وعتق، ثم مات بعد ذلك.. كانت وصية صحيحة في قولهم.

---

(١) المجاهزون: قال في «العناية» (١٠/٣٩٠): جمع مجاهز، وهو عند العامة: الغني من التجار، وكأنه أريد به: المجهِّز، وهو الذي يبعث التجارة بالجهاز، وهو فاخر المتاع، ويسافر به. كذا في «المُغرب».

وَلَا يكفلُ، وَلَا يقْرضُ، وَلَا يعْتقُ وَلَو بِمَالٍ، وَلَا يُزَوّجُ عَبدَهُ، وَلَا يَبِيعُهُ مِن نَفسِهِ.

وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ: كَالْمكَاتَبِ.

وَلَا يملكُ الْمَأْذُونُ شَيْئاً من ذَلِك.

والثالث: إذا أوصى بوصية، ثم أدى، فعتق، ثم مات.. صحت وصيته في قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا تصح، إلا أن يجددها بعد العتق. انتهى.

(**ولا يكفل، ولا يقرض**)؛ لأن كلاً من التكفل بالنفس أو المال ومن الإقراض: تبرع، وليس من ضرورات التجارة والاكتساب.. فلا يملكه المكاتب.

ولو أجاز المولى كفالته أو إقراضه وهبته.. لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا ملك له في ماله، وإنما له حق التملك.

وكلٌّ من الكفالة والإقراض والهبة: مبني على حقيقة الملك. كذا في «شرح الوقاية» لعلاء الدين نقلاً عن الأقطع.

(**ولا يعتق**) عبده (**ولو**) وصلية (**بمال**)؛ لأنه ليس من الاكتساب، بل من التصرفات المضرة للمولى على ما ذكرناه من قبل.

(**ولا يزوج عبده**) امرأة؛ لأنه ليس من باب الاكتساب، وفيه تنقيص للعبد وتعييبه بشغل ذمته بالمهر والنفقة.

(**ولا يبيعه**)؛ أي: عبده (**من نفسه**)؛ أي: نفس العبد؛ لأنه إعتاق على مال، والمكاتب لا يملكه على ما تقدم.

(**والأب والوصي في رقيق الصغير: كالمكاتب**)؛ يعني: يملك الأب والوصي في رقيق الصغير ما يملك المكاتب في رقيقه فيما كان كتابة عبد الصغير، لا إعتاقه على مال، ولا بيعه من نفسه، ولا تزويجه، ويملكان تزوج أمته.

(**ولا يملك**) العبد (**المأذون شيئاً من ذلك**)؛ أي: من تزويج أمته وعبده وكتابته والتصدق والتكفل والإقراض والإعتاق على مال؛ لأن هذه التصرفات ليس من

وَعنـدَ أَبِـي يُوسُـفَ: لَـهُ تَـزْوِيجُ أَمَتِـهِ، وعَلـى هَـذَا الْخـلافِ الْمضَـارِبُ وَالشَّرِيكُ.

وَإِنِ اشْترى الْمكَاتَبُ قَرِيبَهُ وِلاداً.. دخلَ فِي كِتَابَتِهِ.

الاكتساب والتجارة، والمأذون له: يملك ما هو من باب التجارة دون غيره. هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: له**)؛ أي: للمأذون له (**تزويج أمته**)؛ لأن فيه نفعاً له من إلزام المهر على الزوج والنفقة عليه.

(**وعلى هذا الخلاف: المضارب والشريك**) بشركة عنان ومفاوضة.

قالا: لا يملكان التزويج والكتابة؛ لأنهما ليسا من التجارة، والمضارب والشريك لا يملكان إلا التجارة.

وقال أبو يوسف: لهما تزويج الأمة لما ذكر.

(**وإن اشترى المكاتب قريبه ولاداً**)؛ أي: أباه وأمه وأولاده، وإن علا وإن سفل (**.. دخل في كتابته**) ويكون كسباً له؛ لأن المكاتب وإن لم يكن أهلاً للعتق، لكنه أهل لأن يكاتب كما تقدم، فيجعل كل منهم مكاتباً معه داخلاً في كتابته؛ تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان.

وإنما قال: «دخل في كتابته»، ولم يقل: «صار مكاتباً».. إشعاراً بأنه ليس أصالة، بل تبعاً؛ لأنه لو صار مكاتباً.. لكان أصلاً في [٥٣٦/ب] الكتابة، وبقيت كتابة بعد عجز المكاتب الأصل، وليس كذلك، بل إذا عجز المكاتب الأصلي.. بيع الأب؛ لما أن كتابته داخلة بطريق التبعية لا الأصالة؛ فإذا عجز الأصل.. بقي التبع رقيقاً.

ثم أقواهم دخولاً في الكتابة: الولد المولود في كتابته؛ بأن اشترى المكاتب أمة فوطئها، فولدت منه ولداً قبل أداء الكتابة.. فإن هذا الولد داخل في كتابته معه، ويكون كسبه له.

ثم الولد المشترى، ثم الأبوان، ولهذا.. يتفاوتون في الأحكام؛ فإن الولد

المولود في كتابته: يكون حكمه حكم أبيه، حتى إذا مات أبوه ولم يترك وفاء.. يسعى على نجوم أبيه ولم يرد رقاً.

والولد المشترى: يؤدي بدل الكتابة حالاً، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب؛ ليظهر نقصان حاله عن الولد المولود في كتابته في التبعية، وإن لم يؤد البدل حالاً.. يرد إلى الرق.

والوالدان: يردان إلى الرق كما مات المكاتب، ولم يقبل منهما البدل بعد موت المكاتب لا حالاً ولا مؤجلاً.

وإنما كانت أحوالهم كذلك؛ لأن الولد المولود في كتابته: تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكماً في حق العقد لا حقيقة في حقه؛ إذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال.

والوالدان: تبعيتهما بالملك فقط، لا البعضية.. فإنهما ليسا ببعض له، فاختلفت الأحكام لذلك. كذا في «الزيلعي».

فإن قيل: قد صرحوا وذكرناه أيضاً: أن المكاتب لا يملك وطء جاريته، حتى صرح حسن بن زياد في «المجرد»: أن المكاتب لا يتسرى.. فكيف يتصور المكاتب الولد المولود في كتابته؟

قلنا: لا يلزم من عدم جواز التسري: أن لا يثبت نسب الولد المولود في كتابة منه، وأن لا يدخل في كتابته؛ لأن الوطء بشبهة يكفي في ثبوت النسب، وللمكاتب ملك اليد في أمته المشتراة، فكان ذلك شبهة في وطئه، فيثبت نسبه منه بعد الدعوة.

وبه صرح في «المجرد»؛ حيث قال: المكاتب ليس له أن يتسرى جارية، ولا أن يتزوج امرأة، وإن تسرى فولد منه ولد فادعاه.. ثبت نسبه منه.

ولهذا: إذا ادعى المولى ولد جارية مكاتبه.. صح النسب منه؛ للشبهة وإن لم يحل الوطء له.

وَلَوِ اشْترى ذَا رحِمٍ محرمٍ غيرِ الولادِ.. لَا يدْخُلُ.

خلافاً لَهما.

وكذا: إذا ادعى على أحد الشريكين ولد الجارية المشتركة.. ثبت نسبه منه.

فإن قيل: ما الفرق بين الولد المشترى في كتابة، وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير.. فإنه إذا أعتق المولى الولد المشترى في كتابة.. لم يسقط من البدل شيء، وإذا أعتق الصغير.. يسقط من البدل ما يخصه [٥٣٧/آ]، وكذا إذا أعتق المولى الولد المولود في كتابة.. لم يسقط شيء من البدل؟

فالجواب: أن الولد المشترى والولد المولود في كتابة: بيع من كل وجه للمكاتب، فلا معتبر بهما في أمر البدل؛ لتقرره قبل دخوله في الكتابة.

وأما الصغير: فكان مقصوداً بالعقد من وجه، وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده.. فلهذا: يسقط ما يخصه من البدل.

(**ولو اشترى ذا رحم محرم غير الولاد**) كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة (**.. لا يدخل**) في الكتابة عند أبي حنيفة؛ حتى جاز للمكاتب بيعهم، لكن المكاتب إذا أدى البدل.. يعتق، ولا سعاية عليهم، على ما صرح به في «الدرر».

(**خلافاً لهما**)؛ حيث قالا: يدخل فيهما؛ اعتباراً بقرابة الولاد؛ لأن وجوب الصلة ينتظمهما، ولهذا.. لا يفترقان؛ فإن الحر إذا اشترى ذا رحم محرم منه غير الولاد.. يعتق عليه، كما يعتق أبوه وأولاده.

ولأبي حنيفة: أنه للمكاتب كسباً لا ملكاً؛ لأنه ملك لغيره، والمملوك لا يملك، ولهذا لا يملك الهبة ونحوها من التبرعات.

ولو اشترى زوجته.. لم يفسد النكاح عليه، ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كنزاً.

غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره.

ألا ترى: أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد، ولا يكفي في

وَإِنِ اشْترى أمَّ وَلَدِهِ مَعَ وَلَدِهَا.. دخلَ الْوَلَدُ فِي الْكِتَابَة وَلَا تبَاعُ الْأُمُّ.

غيرها؛ حتى لا يخاطب الأخ بنفقة أخيه، إلا إذا كان موسراً، والدخول في الكتابة بطريق الصلة.. فيختص بمحله.

ولأن قرابة الأخوة: توسط بين القرابة البعيدة: وهي بني الأعمام، و القرابة القريبة: وهي الولاد، والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما، فعملنا بالشبهين وألحقناها:

بالقريبة في العتق؛ حتى إذا ملك الحر أخاه.. عتق عليه؛ كما إذا ملك والده أو ولده.

وبالبعيدة في الكتابة؛ حتى إذا ملك المكاتب أخاه.. لم يدخل في كتابته؛ كما إذا ملك ابن عمه، وهذا أولى من العكس؛ لأنا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة.. وجب علينا أن نلحقها به في العتق أيضاً؛ لأنه أسرع نفوذاً من الكتابة، وفي ذلك: إبطال لأحدهما، وإعمالهما ـ ولو من وجه ـ: أولى من إهمال أحدهما.

(**وإن اشترى أم ولده مع ولدها.. دخل الولد في الكتابة، ولا تباع الأم**)؛ يعني: أن المكاتب له امرأة قنة، إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه، فملكها المكاتب مع ولدها؛ بأن ملكها مولاها مع ولدها.. فليس له أن يبيعها بالاتفاق؛ لأن ولدها دخل في الكتابة، ولما دخل ولدها في الكتابة.. امتنع بيعه؛ لما ذكرناه من قبل [٥٣٧/ب].

والأم تابعة للولد في هذا الحكم؛ لقولهﷺ: «أعتقها ولدها»، فامتنع بيعها أيضاً.

وهل تدخل الأم في الكتابة أيضاً؟

والذي ظهر من كلام المصنف: أنها لا تدخل، وإنما يمتنع بيعها تبعاً لولدها.

وبه صرح علاء الدين في «شرح الوقاية»؛ حيث قال: ولم تدخل الأم في كتابة، حتى تعتق بعتقه، نصّ عليه في «المبسوط». انتهى.

لكنه قال في «المجمع» و«شرحه»: أنها تدخل في الكتابة؛ حيث قالا: لو

وَإِن لم يكنْ مَعهَا جَازَ بيعُهَا.

خلافاً لَهما.

اشترى المكاتب أم ولده وهو معها؛ أي: إذا اشترى المكاتب زوجته التي ولدت بالنكاح والولد معها.. كاتب عليه ـ أي: بغير أم ولد مكاتباً عليه ـ وحرم بيعها؛ لأنها تابعة للولد؛ لقوله صلى الله وعليه ولسلم: «أعتقها ولدها».

قيد بالمكاتب: لأن المكاتبة إذا اشترت زوجها.. لا تكاتب عليه، ولها أن تبيعه اتفاقاً. انتهى.

وقال الحافظ العيني في «شرح الكنز»: إنها [لا][1] تدخل في كتابته؛ حتى لا تعتق بعتقه، ولم يفسخ النكاح؛ لأنه لم يملكها، فجاز له أن يطأها بملك النكاح. انتهى.

فعلم: أن ما في «المجمع» و«شرحه»: ليس على ما ينبغي.

(**وإن لم يكن معها**)؛ أي: إن لم يكن مع الأم ولد (.. **جاز بيعها**)؛ أي: بيع الأم. عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأنها أم ولده، فصار كالحر إذا اشترى أم ولده بدونه.

ولأبي حنيفة: أن القياس يقتضي جواز بيعها وإن كان الولد معها؛ لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل؛ فإن أدى.. عتق، وما فضل معه.. فهو له.

وإن عجز.. عاد هو وماله إلى المولى.

وكل موقوف: يقبل الفسخ، فكسب المكاتب: يقبل الفسخ، وما يقبل الفسخ.. لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ؛ كالاستيلاد؛ لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى.

---

(١) زيادة لا بد منها من «تبيين الحقائق» (١٥٩/٥).

وَولدُهُ مِن أَمَتِهِ يدْخلُ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَسبُهُ لَهُ.

وَلَو زوّجَ أمتَهُ مِن عَبدِهِ ثمَّ كاتبهُمَا، فَولدت.. يدْخلُ الْوَلَدُ فِي كِتَابَةِ الْأُمِّ، وَكَسبُه لَهَا.

إلا أنه ثبت امتناع البيع فيما إذا كان معهما ولد تبعاً؛ لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد ثبت هذا الحق ابتداء، والقياس ينفيه.

(**وولده من أمته: يدخل في كتابته**)؛ يعني: أن الولد المولود للمكاتب في كتابته من أمته: له؛ يدخل ذلك الولد في كتابته؛ لما ذكرناه في الولد المشترى: من أن المكاتب وإن لم يكن أهلاً للإعتاق.. فهو أهل للكتابة».

فإن قيل: إن المكاتب لا يملك التسري، فكيف يتصور له ولد من أمته؟

فالجواب عنه: تقدم من قبل، فارجع إليه.

(**وكسبه له**)؛ أي: كسب الولد للمكاتب؛ لأن كسب الولد: كسبه؛ إذ الولد كسبه، وكان كذلك قبل الدعوة، فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه بكسب ولده.

وكذا: لو ولدت المكاتبة ولداً.. دخل الولد في كتابتها؛ لأن الولد المولود [٥٣٨/أ] تسري إليه الصفات الشرعية الثابتة في الأم؛ كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك؛ فإذا سرت إليه.. صار حكمه حكم أمه، فكانت هي أحق به وبكسبه؛ لأنه جزؤها، وقد انقطع حق المولى عنه.

(**ولو زوج أمته من عبده، ثم كاتبهما، فولدت**) الأمة ولداً من العبد (.. **يدخل الولد في كتابة الأم، وكسبه لها**)؛ لأن الولد يتبع الأم في الصفات الشرعية الثابتة في الأم؛ كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك، فكان مكاتباً لها، فكان أحق بكسبه من الأب؛ لأنه لا ملك له عليها حتى يسري إلى الولد، وقد انقطعت يد المولى عنها بعقد الكتابة، فكذا عن ولدها أيضاً، فكانت هي أحق بالولد من الأب؛ لأنه جزؤها، وهي نظير المسألة الأولى.

وَلَو نكحَ مكَاتَبٌ بِالْإِذْنِ امْرَأَةً زعمت أَنَّهَا حرَّةٌ فَولَدَت فاستحِقَّتْ.. فولدُها عبدٌ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: حرٌّ، وَتُؤْخَذُ مِنْهُ قِيمَتُهُ بعدَ عتقِهِ.

ولو قيل: هذا الولد يكون قيمته للأم دون الأب؛ لما ذكرنا: أنها أحق به من الأب.

بخلاف ما إذا قبلا الكتابة عن أنفسهما، وعن ولدهما صغير، فقتل الولد.. حيث تكون قيمته بينهما، ولا تكون الأم أحق به؛ لأن دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه، والقبول وجد منهما.. فيتبعهما، فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر، وفيما نحن فيه.. لم يدخل بالقبول، وإنما دخل بمجرد التبعية، وفيها: الأم أولى من الأب على ما بيّناه.

(**ولو نكح مكاتب بالإذن**)؛ أي: بإذن المولى (**امرأة زعمت**) تلك المرأة (**أنها حرة**)؛ يعني: أنها ليست حرة في الواقع، بل في زعمها حيث قالت: أنا حرة، (**فولدت**) تلك المرأة المنكوحة من المكاتب، (**فاستحقت**) المرأة (**.. فولدها عبد**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لا يأخذ المكاتب بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما.

(**وعند محمد: حر**)؛ أي: بقيمته، (**وتؤخذ منه**)؛ أي: من المكاتب (**قيمته**)؛ أي: قيمة الولد (**بعد عتقه**) ـ أي: عتق المكاتب له ـ لأنه ولد المغرور؛ لأن المكاتب مغرور من جهتها؛ لأنه ما رغب في نكاحها.. إلا لينال حرية أولاده؛ فإذا كان مغروراً.. كان ولده حراً بالقيمة، فتجب عليه قيمة ولده بعد العتق، على ما في شروح «الجامع الصغير»، واختاره صاحب «الهداية».

لكنه قال في «العناية» نقلاً عن «المبسوط»: إنه يجب على المكاتب قيمة ولده ومهر المرأة في الحال؛ لوجود الإذن من المولى.

والمصنف: اختار رواية شروح «الجامع الصغير» كما ترى، وهكذا ذكره في «الزيلعي».

وإِنْ وَطِىءَ الْمكَاتَبُ أمةً بِمِلْكٍ بِغَيْرِ إِذنِ سَيِّدِهِ فاستحِقَّتْ.. أُخِذَ مِنْهُ عُقْرُهَا فِي الْحَالِ.

ثم قال: وإن تزوج بغير إذن المولى.. يجب على المكاتب قيمة الولد بعد العتق، ثم إذا غرم المكاتب قيمة ولده.. يرجع بها على المرأة بعد عتقها، عند محمد؛ لأن الغرور حصل من جهتها.

ولهما: أنه مولود بين [٥٣٨/ب] رقيقين، والمولود بين رقيقين: رقيق، فالولد رقيق، وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية.

لكنا تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الزوج حراً: بإجماع الصحابة، والمكاتب ليس في معنى الحر؛ لأن حق المولى ـ أي: المستحق في الحر ـ مجبور بقيمة واجب في الحال، وفي المكاتب: بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق، فتعذر الإلحاق؛ لعدم المساواة. هكذا ذكره في «الهداية» وغيرها.

واستشكله «الزيلعي»: بأن دين العبد إذا لزمه بسبب إذن المولى فيه.. يظهر في حق المولى، ويطالب به في الحال.

والمفروض هنا: أن الدين صار بإذن المولى، وإنما يستقيم هذا.. إذا كان التزوج بغير إذن المولى؛ لأنه لا يظهر الدين في حق المولى، فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال.

والمسألة التي تلي هذه المسألة تشهد لهذا المعنى. انتهى.

قلت: ويشهد له أيضاً ما ذكرناه من «المبسوط».

(**وإن وطئ المكاتب أمة بملك**)؛ يعني إذا اشترى المكاتب أمة شراء صحيحاً، فوطئها بحكم الشراء وإن لم يجز وطؤها له، (**بغير إذن سيده**)؛ أي: سيد المكاتب، (**فاستحقت**) الأمة (.. **أخذ**) المولى؛ أي: المستحق (**منه**)؛ أي: من المكاتب (**عقرها**)؛ أي: عقر الأمة (**في الحال**)؛ أي: حال الكتابة بلا تأخير إلى ما بعد العتق.

قيد بغير إذن السيد؛ ليعلم منه ما إذا كان الوطء بإذن سيده بطريق الأولى؛ فإن

وَكَذَا: إِنِ اشتراها فَاسِداً فَوَطِئَهَا فَردَّتْ.

وإِن وَطِئَهَا بِنِكَاحٍ.. لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ إِلَّا بعدَ عتقِهِ، ....

لزوم العقر عليه: في الحال فيما إذا كان الوطء بإذن سيده أولى؛ كما إذا كان وطؤه بغير إذن سيده. وهو ظاهر.

(**وكذا**)؛ أي: يلزمه عقرها في الحال (**إن اشتراها**) شراء (**فاسداً، فوطئها**) بحكم الشراء الفاسد، (**فردت**) الأمة على بائعها.. فإنه يؤخذ من المكاتب عقرها في الحال.

(**وإن وطئها بنكاح.. لا يؤخذ منه**)؛ أي: من المكاتب عقرها (**إلا بعد عتقه**)؛ أي: عتق المكاتب؛ سواء وطئها بإذن سيده أو بغير إذن سيده.

والفرق بينهما: **أن في الأول** ـ أي: الوطء بحكم الشراء؛ صحيحاً أو فاسداً بإذن مولاه أو بغير إذنه ـ: ظهر الدين في حق المولى؛ لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة، وهذا العقد من توابع التجارة؛ إذ لولا الشراء ولو فاسداً.. لم يسقط الحد عن المكاتب، وما لم يسقط.. لا يجب العقر؛ فإذا كان من توابع التجارة.. ينتظمها عقد الكتابة.

وفي الثاني ـ أي الوطء بحكم النكاح ـ: لم يظهر الدين في حق المولى؛ لأن النكاح ليس من الاكتساب، فلا تنتظمه الكتابة.. فإذن: لم يظهر الدين في حق المولى [٥٣٩/أ] بتأخر العقر إلى ما بعد العتق، بخلاف الأول؛ فإنه لما ظهر الدين فيه في حق المولى.. لم يتأخر إلى ما بعد العتق.

فإن قيل: إن العقر إنما يثبت بالوطء لا بالشراء، والإذن ليس إذناً بالوطء، والوطء ليس في شيء من التجارة حتى تنتظمه الكتابة، فالوطء إذن كان بغير إذن المولى.. فكيف يظهر الدين في حق المولى، وإنما يظهر في حقه: أن لو أَذِنَ في الوطء أو كان الوطء داخلاً تحت الكتابة، وكلاهما مفقودان هنا؟!

فالجواب: أن الوطء مستند إلى الشراء؛ إذ لولاه.. لكان الوطء حراماً بلا شبهة، فيجب به الحد.

وَمِثْلُه: الْمَأْذُونُ فِي التِّجَارَةِ.

ولا يثبت به العقر، فيكون الإذن بالشراء إذناً بالوطء دلالة، والوطء نفسه وإن لم يكن من التجارة.. يمكن الشراء منها، فيكون ثابتاً في حق المولى.

(ومثله)؛ أي: ومثل المكاتب (**المأذون**) له (**في التجارة**)؛ يعني: لو تزوج عبد مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرة بالإذن، فولدت، فاستحقت.. فالولد رقيق عندهما، وحر بالقيمة عند محمد، وتؤخذ من المأذون قيمته في الحال؛ لأنه مغرور؛ كما تقدم بيانه في المكاتب.

وكذا لو اشترى العبد المأذون له في التجارة أمة شراء صحيحاً أو فاسداً، فوطئها بإذن سيده أو بغير إذنه، ثم استحقت الأمة أو ردت بحكم الفساد.. وجب عليه العقر في الحال.

ولو وطئها بحكم النكاح.. وجب عليه العقر بعد العتق، كما في المكاتب بعينه.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِذا ولدتِ الْمُكَاتَبَةُ مِن مَوْلَاهَا.. مَضَتْ على الْكِتَابَة، أَو عجَّزَتْ نَفسَهَا وَهِيَ أمُّ وَلَدِهِ.

(فَصْلٌ)

(وإذا ولدت المكاتبة من مولاها)، وذلك بأن ادعاه المولى (.. **مضت على الكتابة أو عجَّزت**) ـ من التعجيز ـ (نفسها، **وهي أم ولده**)، يعني: أنها مخيرة بين المضي على الكتابة وبين قبول الرق بالعجز.

فإن مضت فيها أو عجزت.. صارت أم ولد لمولاها؛ سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته؛ لأن للمولى حقيقة الملك في رقبتها، ولها حق الملك، والحقيقة: أقوى من الحق، فثبتت من غير تصديق.

وإنما خيرت؛ لأنها لما صارت أم ولد له.. تلقاها هنا حرية:

عاجلة: ببدل الكتابة.

وآجلة: بغير بدل وهي أمومية الولد، فتختار أيهما شاءت.

ونسب ولدها ثابت بالدعوة من المولى بلا حاجة إلى تصديقها لما ذكرناه؛ سواء جاءت به لستة أشهر أو لأكثر، ولأن المكاتب إذا ادعى نسب ولد مكاتبته.. يثبت نسبه منها، فلأن يثبت من المولى: أولى؛ لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته.

بدليل: جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب.

بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتب.. حيث لا يثبت النسب من المولى [٥٣٩/ب]، إلا إذا صدقته المكاتبة؛ لأنه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة، وإنما له حق التملك، فيحتاج فيه إلى تصديق المكاتبة.

بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية أبيه.. حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى، ولا

وَإِذا مَضَتْ على الْكِتَابَةِ.. أخذَتْ مِنْهُ عُقرَهَا.
وَإِن مَاتَ الْمولى.. عتقَتْ، وَسَقَطَ عَنْهَا الْبَدَلُ.
وَإِنْ مَاتَتْ وَتركَتْ مَالاً.. أُدِّيتْ مِنْهُ كتَابَتُهَا، وَمَا بَقِي: مِيرَاثٌ لابنها.
وَلَا يثبتُ نسبُ مَن تلدُهُ بعدَه بِلَا دَعْوَةٍ، بل هُوَ مثلُهَا فِي الحكمِ.

يحتاج فيه إلى تصديق الابن؛ لأن له أن يتملك مال ولده للحاجة، فيتملكها قبل الاستيلاد بطريق الاقتضاء، فلا يحتاج إلى تصديقه، والولد حر؛ لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها، والدعوة منه كالتحرير.

(وإذا مضت) المكاتبة (على الكتابة.. أخذت) المكاتبة (منه)؛ أي: من مولاها (عقرها)؛ أي: مهر مثلها؛ لاختصاصها بنفسها ومنافعها؛ لأنها صارت أخص بإجرائها؛ توسلاً إلى المقصود من الكتابة.

(وإن مات المولى) بعد مضيها على الكتابة (.. عتقت) بالاستيلاد، (وسقط عنها البدل)؛ أي: بدل الكتابة؛ لأنها ما التزمت البدل إلا لتُسلَم لها نفسُها بمقابلته بجهة الكتابة؛ فإذا سلمت لها بجهة أخرى.. لم ترض بتسلمه له أو لورثته مجاناً، فلا يجب عليها. وسيأتي زيادة تفصيله.

(وإن ماتت) المكاتبة (وتركت مالاً.. أديت منه)؛ أي: من ذلك المال (كتابتها، وما بقي.. ميراث لابنها)؛ جرياً على موجب الكتابة.

وأن لم تترك مالاً.. فلا سعاية على الولد؛ لأنه حر.

(ولا يثبت نسب من تلده بعده)؛ أي: بعد الولد الأول (بلا دعوة) جديدة؛ لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرمة الوطء، وهذه محرمة الوطء؛ لأنها مكاتبة، فلا بد من الدعوة أيضاً.

(بل هو)؛ أي: الولد للثاني.

(مثلها)؛ أي: مثل المكاتبة؛ لأنه مكاتب تبعاً لها (في الحكم).

وَإِن كَاتبَ مدبَّرَهُ أَو أمَّ وَلَدِهِ.. صَحَّ.

فَإِن مَاتَ.. عُتِقَتْ مجَّاناً.

حتى إذا عجَّزت نفسها بعد الولد الأول وولدت ثانياً ولد آخر في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز.. ثبت نسبه من المولى بمجرد الدعوة من غير تصديق.

إلا إذا نفاه صريحاً كسائر أمهات الأولاد.

ولو لم يدَّعِ الولد الثاني، وماتت من غير وفاء.. سعى هذا الولد في بدل الكتابة؛ لأنه مكاتب تبعاً لهما.

ولو مات المولى بعد ذلك.. عتق وبطل عنه السعاية.

(**وإن كاتب**) المكاتب (**مدبره أو أم ولده.. صح**)؛ لأن ملكه ثابت في كل واحد منهما، وأم الولد وإن كانت غير متقومة عند أبي حنيفة.. إلا أن عقد الكتابة يرد على المملوك؛ لحاجة المملوك إلى التوصل:

إلى ملك اليد والمكاسب في الحال.

أو إلى حرية الرقبة في المآل بعد أداء البدل.

وأم الولد في هذه الحاجة كغيرها؛ لأنها مملوكة يداً ورقبةً، فيتحقق فيها حكم الكتابة، فتملك ما يملك المكاتب في الحال والمآل.

فإن قيل: إن الكتابة تقتضي العتق ببدل، وأمومية الولد تقتضيه بلا بدل، والعتق الواحد لا يثبت بهما.. فكانا متنافيين.

فالجواب: أنه لا تنافي [٥٤٠/أ] بينهما؛ لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل.

(**فإن مات**) المولى (.. **عتقت**) أم الولد بالاستيلاد؛ لتعلق عتقها بموت السيد (**مجاناً**)؛ لأن الغرض من إيجاب البدل: العتق عند الأداء؛ فإن أعتقت قبله.. لم يمكن توفير الغرض عليه، فسقط البدل وبطلت الكتابة؛ لامتناع إبقائهما بلا فائدة

وَالْمُدبَّرُ يسْعَى فِي بدلِ كِتَابَتِهِ، أَو ثُلثَي قِيمَته إِن كَانَ مُعسراً.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِنَ الْبَدَلِ، أَو ثُلثي قِيمَتِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِن ثُلثَي الْبَدَلِ أَو ثُلثَي الْقِيمَةِ.

بالنسبة إلى البدل، لكنها بقيت في حق الأولاد والأكساب، فتعتق الأولاد ويخلص لها الأكساب بعد موت المولى.

يعني: أن الكتابة وإن انفسخت في حق نفسها بالنسبة إلى البدل.. لكنها بقيت بالنسبة إلى الأولاد والأكساب؛ لأن الفسخ للنظر لها في فسخها في حق نفسها، وفي بقائها في حق أولادها وسلامة أكسابها، فتجعل كأنها عتقت بالإيفاء في حق الأولاد والأكساب.

لو أدت أم الولد بدل الكتابة قبل موت المولى.. عتقت بالكتابة؛ لأنها باقية بعد، (والمدبر يسعى)؛ يعني: إن كانت مدبرة أو أم ولده ومات المولى قبل الأداء.. فأم الولد عتقت مجاناً، والمدبر يسعى. (**في بدل كتابته**) تماماً، (**أو** يسعى (**ثلثي قيمته**) مدبراً (**إن كان**) المولى (**معسراً**) لا مال له سواه. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: يسعى في الأقل من البدل أو ثلثي قيمته**).

(**وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي البدل أو ثلثي القيمة**).

والخلاف ههنا في موضعين: في الخيار والمقدار.

فأبو يوسف: مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد: في نفي الخيار.

أما الكلام في الخيار: فمبني على تجزؤ الإعتاق وعدم التجزؤ.

فعند أبي حنيفة: لما كان متجزئاً.. بقي ما وراء الثلث عبداً، وبقيت الكتابة على ما كانت قبل عتق الثلث، فتوجه لعتقه جهتان:

جهة الكتابة: وهي مؤجلة.

وجهة السعاية: وهي معجلة.

فيخير بينهما؛ للتفاوت بين الأمرين؛ لأن في التخيير فائدة؛ لجواز أن يكون أكثر

المالين: أيسر عليه باعتبار الأجل، وأقلهما: أعسر عليه أداء؛ لكونه حالاً، فكان في التخيير بينهما فائدة.

وإن كان جنس المالين متحداً؛ بأن كانا درهماً أو ديناراً.

وعندهما: لما عتق كله بعتق ثلثه؛ لعدم تجزؤ الإعتاق عندهما..، بطلت الكتابة؛ لعدم بقاء المحل، وبطل الأجل أيضاً؛ لأنه كان لأجل الكتابة.

وقد بقي عليه أصل الدين غير مؤجل؛ لأن عتق بعضه ـ وهو الثلث ـ حصل بطريق الوصية؛ لكون التدبير: وصية، وعتق بعضه بطريق الوصية.. لا يسقط عنه بدل الكتابة؛ كما لو أعتقه المولى في مرض موته ولا مال له غيره.. فإنه يعتق كله عندهما، ولا يسقط عنه بدل الكتابة.

وإذا بقي عليه بدل الكتابة حالًّا، أو وجب عليه [٥٤٠/ب] ثلثا القيمة بالتدبير حالاً.. وجب عليه مآلاً، فيلزمه أقلهما من غير تخيير؛ إذ لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد؛ كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين.. فإنه يلزمه الأقل بلا خيار بالاتفاق، فكذا هذا.

والفرق لأبي حنيفة: أن البدلين في هذه المسألة ـ أعني: الألف والألفين ـ: حال، وأنهما من جنس واحد، فيجب الأقل لتيقنه؛ إذ لا فائدة في التخيير؛ لعدم الأجل.

وفيما نحن فيه: أحدهما: مؤجل.. فيفيد التخيير على ما ذكرناه.

وأما الكلام في المقدار:

فعندهما: لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء.

وعند محمد: يسقط عنه ثلثه؛ لأن الكتابة صادفت كله، فيكون البدل مقابلاً بكله، وقد عتق ثلثه بالتدبير.. فيبطل ما بإزائه من البدل.

ألا ترى: أنه لو عتق كله بالتدبير وكان يخرج من الثلث.. سقط عنه كل البدل، فكذا إذا عتق ثلثه.. وجب أن يسقط عنه ثلثه اعتباراً للجزء بالكل؛ فصار كما لو

وَإِن دبَّرَ مكَاتَبَهُ.. صَحَّ، وَمضى عَلَيْهَا ....

تقدمت الكتابة على التدبير.. فإنه يسقط عنه الثلث بالاتفاق على ما سيأتي.

ولهما: أن المال قوبل بما تصح مقابلته وبما لا تصح مقابلته به معاً، فانصرف كله إلى ما تصح مقابلته وهو الثلثان؛ لأن الثلث لما استحق بالتدبير.. لم يصح مقابلته المال؛ كرجل طلق امرأته طلقتين، ثم طلقها ثلاثاً بألف.. فإن الألف كله ينصرف إلى الطلقة الواحدة؛ لأن الطلقتين لما وقعتا أولاً.. لم تصح مقابلة المال بهما، فينصرف المال إلى ما يصح المقابلة به وهو الطلقة الواحدة.

ففيما نحن فيه: لما أوجب التدبير استحقاق ثلث رقبته.. لم يتصور استحقاق ذلك الثلث بالكتابة؛ لأن الكتابة توجب ثبوت ما لم يثبت، وقد ثبت استحقاقية الثلث بالتدبير أوّلاً، فلم يبق محلاً للكتابة حتى يكون في مقابلة شيء من بدل الكتابة؛ فإذا كان بدل الكتابة كله في مقابلة الثلثين.. لم يسقط شيء منه.

بخلاف ما لو دبر مكاتبه؛ لأن البدل هناك مقابل الرقبة؛ فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير.. سقط حصته من بدل الكتابة بقدره على ما سيأتي.

أما هنا: فالكتابة وقعت بعد التدبير، ومالية الثلث قد سقطت، فكان البدل بأداء الثلثين.

إنما قيد بكونه معسراً؛ لأن المولى إذا مات موسراً بحيث يخرج المدبر من ثلثه.. فإنه يعتق بالتدبير ويسقط عنه بدل الكتابة.

(**وإن دبر مكاتبه.. صح**) التدبير؛ لأنه يملك تنجيز العتق فيه، فيملك تعليقه بالموت؛ لأنه مالك رقبة، والتصرف نافع له؛ لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجاناً، أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة [٥٤١/أ]؛ أعني: التدبير.

(**ومضى عليها**)؛ أي: على الكتابة، فيعتق بأداء بدل الكتابة لو لم يمت المولى قبل أداء الكتابة، وإن مات قبله.. عتق مجاناً بحكم التدبير.

أَو عجّزَ نَفسَهُ، وَصَارَ مُدبراً؛ فَإِن مضى عَلَيْهَا فَمَاتَ سَيِّدُهُ مُعسراً.. يسْعَى فِي ثُلثَيِ الْبَدَلِ أَو ثُلثَي قِيمَتِهِ.

وَعِنْدَهُمَا: يسْعَى فِي الْأَقَلِّ مِن ثُلثَي كلٍّ مِنْهُمَا.

وَإِن أَعتقَ مكَاتَبَهُ.. عَتَقَ، وَسقطَ عَنهُ بدلُ الْكِتَابَةِ.

(**أو عجّز**) من التعجيز (**نفسه**) من بدل الكتابة (**وصار مدبراً..**) فيعتق عند موت المولى؛ لوجود المقتضي، وهو التدبير.

يعني: أن هذا المدبر مخيّر بين أمرين:

- (**فإن مضى عليها**)؛ أي: على الكتابة، (**فمات سيده معسراً**)؛ أي: فقيراً لا مال له غيره (.. **يسعى في ثلثي البدل**)؛ أي: بدل الكتابة، (**أو ثلثي قيمته**).

عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يسعى في الأقل من ثلثي كل منهما**)؛ أي: من البدل والقيمة.

والكلام هنا في موضعين:

أحدهما: في الخيار، فالخلاف فيه مبني على تجزؤ الإعتاق وعدم تجزئه، على ما ذكرناه في المسألة الأولى.

وثانيهما: في المقدار، ولا خلاف فيه، بل هو اتفاقي؛ لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة؛ إذ لم يستحق شيئاً من الحرية قبل ذلك؛ فإذا عتق بعض الرقبة مجاناً بعد ذلك بالتدبير.. سقط حصته من بدل الكتابة.

بخلاف ما إذا تقدم التدبير؛ لأنه سلم بالتدبير.. فيكون بدل الكتابة مقابلاً بما لم يسلم له، وهو الثلثان.

- (**وإن أعتق مكاتبه.. عتق**)؛ لقيام الملك فيه، (**وسقط عنه**)؛ أي: عن المكاتب (**بدل الكتابة**)؛ لأنه التزمه ليحصل العتق، وقد حصل بدونه، وكذا المولى كان يستحق ذلك البدل في مقابلة التحرير، وقد فات ذلك التحرير بالإعتاق مجاناً.

فإن قيل: الكتابة لازمة في جانب المولى.. فلا تقبل.

وَإِن كُوتِبَ على أَلِفٍ مُؤَجَّلٍ، فَصَالحَ على نصفِهِ حَالّاً.. صَحَّ.

أجيب: بأن الكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضى العبد، واللزوم على المولى كان لتعلق حق العبد؛ فإذا رضي بالفسخ.. فقد أسقط حقه؛ كما لو باعه المولى أو أجره برضاه، والظاهر: رضاه؛ توسلاً إلى عتقه بغير بدل؛ فإنه إذا رضي به ببدل.. فبلا بدل يكون أرضى.

(**وإن كوتب**) العبد (**على ألف مؤجل**) إلى سنة مثلاً، (**فصالح**) المولى (**على نصفه**)؛ أي: نصف الألف المؤجل حال كون ذلك النصف (**حالاً.. صح**) الصلح استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأن هذا الصلح اعتياض عن الأجل بخمسمائة من بدل الكتابة، والأجل: ليس بمال، وخمسمائة: مال؛ لأنه دين، والدين مال، والاعتياض عن غير المال بالمال.. ليس بجائز؛ لأنه ربا.

فإن قيل: فليكن خمسمائة بدلاً عن ألف لا عن الأجل، فيكون اعتياضاً عن المال بما هو مال؛ لأن الألف مال أيضاً.

قلنا: هذا ليس بجائز أيضاً؛ لأنه ربا.

فإن قيل: فليكن هذا إسقاطاً لبعض الحق، وهو: خمسمائة أخرى.

قلنا: الإسقاط إنما يتحقق [في المستحق][1]، والألف لم تكن قبل حلول الأجل متحققةً [٥٤١/ب].. فلا يكون إسقاطاً.

ولهذا.. لو كان لرجل دين مؤجل على حر آخر أو على مكاتب الغير، فصالحه على نصفه.. لم يجز؛ لكونه ربا.

وجه الاستحسان: أن الأجل في حق المكاتب: مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على أداء البدل إلا به، فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة: مال من وجه؛ حتى لا تصح

---

(١) زيادة من «البناية شرح الهداية» (٤١٧/١٠).

وَإِنْ مَاتَ مَرِيضٌ كَاتَبَ عبداً قِيمَتُهُ أَلْفٌ على أَلْفَيْنِ إِلَى سنةٍ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ وَلم تُجِزِ الْوَرَثَةُ.. أَدّى العَبْدُ ثُلثَي الْبَدَلِ حَالّاً، وَالْبَاقِي إِلَى أَجلِهِ، أَو رُدَّ رَقِيقاً.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُؤَدِّي ثُلثَي قِيمَتِهِ لِلْحَالِ، وَالْبَاقِي إِلَى أَجلِهِ، أَو يُرَدُّ رَقِيقاً.

الكفالة به فاعتدلا، وكان اعتياضاً عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، وقد اختلف الجنس.. فلم يكن ثمة ربا.

(**وإن مات مريض كاتب**) صفة مريض (**عبداً له، قيمته: ألف، على ألفين إلى سنة، ولا مال له**)؛ أي: للمريض المتوفى (**غيره**)؛ أي غير: المكاتب (**ولم تجز الورثة**) كتابته (**.. أدى العبد**) المكاتب (**ثلثي البدل**)؛ أي: الألفين، وهو: ألف وثلاث مئة وثلاثون درهماً وثلث درهم (**حالّاً والباقي**)؛ أي: الثلث وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم (**إلى أجله، أو رد رقيقاً**). عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد: يؤدي ثلثي قيمته**)؛ أي: الألف (**للحال، والباقي إلى أجله، أو يرد رقيقاً**)؛ لأن المريض ليس له التأجيل في ثلثي القيمة؛ إذ لا حق له فيه، وفي ثلثها والزائد عليها: يصح له الترك بأن يكاتبه على ثلثي قيمته فيصح له التأجيل أيضاً؛ لأن من له ترك شيء.. له ترك وصفه أيضاً، والتعجيل وصفه، فيجوز له تركه إلى التأجيل.

فعلى هذا.. يكون المراد بالباقي: ثلث القيمة وما زاد على القيمة، لا الثلث فقط.

وإليه أشار في «العناية»؛ حيث قال معترضاً على «الهداية»: لو قال: لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما.. لكان أحسن. انتهى.

ولهما: أن جميع المسمى ـ وهو الألفان ـ بدل الرقبة لا صلة، مثل بدل الخلع؛ حتى أجري عليه أحكام البدل من: جواز البيع بالمرابحة، وجواز الأخذ بالشفعة فيما إذا كان بدل الكتابة وأراد بدل الرقبة، يتعلق به حق الورثة؛ لتعلقه بالمبدل؛ فإن

وَإِن كَاتَبَهُ على أَلِفٍ وَقِيمَتُهُ أَلَفَانِ وَلم يجيزوا.. أدّى ثُلثَي الْقيمَةِ للْحَالِ، أَو رُدَّ إِلَى الرّقِ اتّفَاقاً، وَمثلُهَا: البيعُ.

المبدل لما كان مالاً متقوماً.. كان حكم بدله حكمه، فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة؛ لتعلقه بالمبدل، وما يتعلق به حق الورثة.. جاز للمريض إسقاط ثلثه، فيجوز تأجيله؛ لأنه إسقاط معنى.

(**وإن كاتبه**)؛ أي: المريض كاتب عبده (**على ألف**) إلى سنة (**وقيمته ألفان، ولم يجيزوا.. أدّى ثلثي القيمة للحال، أو رد إلى الرق اتفاقاً**)؛ لأن المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير، فاعتبر الثلث فيهما.

يعني: أنه لما أسقط أحد الألفين من القيمة وأجل الآخر وهو المراد بالمحاباة فيهما.. صح له التصرف في [٥٤٢/أ] ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير، ولما سقط ذلك الثلث.. لم يبق له التأخير أيضاً؛ لعدم بقاء المحل للتأخير، ولم يصح تصرفه في ثلثيهما؛ لا في حق الإسقاط، ولا في حق التأخير؛ لعدم حق التصرف له فيهما، فتعلق حق الورثة لهما.

وفرق محمد بين هذه المسألة والمسألة الأولى:

بأن الزيادة على القيمة في المسألة الأولى كانت حق المريض بالكتابة؛ حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته، فتأخيرها أولى؛ لأنه أهون من الإسقاط.

وهنا: وقعت الكتابة عن أقل من قيمته.. فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله؛ لأن حق الورثة تعلق بجميعه، بخلاف الأول.

(**ومثلها**)؛ أي: مثل كتابة المريض المذكور في الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد: (**البيع**)؛ أي: بيع المريض.

ولو ذكر هذا قبل المسألة الثانية الاتفاقية.. لكان أحسن، على ما وقع في «الهداية»؛ يعني: أن المريض إذا باع داراً قيمتها ألف بثلاثة آلاف إلى سنة، ثم مات ولا مال له غيرها، ولم تجز الورثة.. فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يقال للمشتري:

وَإِن كَاتبَ حرٌّ عَن عبدٍ بِأَلفٍ وأَدَّى عَنهُ.. عَتَقَ، وَلَا يرجِعُ بِهِ عَلَيْهِ.
وإِنْ قَبِلَ العَبْدُ.. فَهُوَ مكَاتبٌ.

إما أن تعجل ثلثي جميع الثمن ثلاثة آلاف، والثلث عليك إلى أجله، وإلا.. فانقض البيع.

وعند محمد: يقال له: إما أن تعجل ثلثي القيمة ألفاً والباقي عليك إلى أجله، وإلا فانقض البيع؛ لأن محاباة المريض بالأجل: تعتبر في جميع الثمن.

ووصيته: من الثلث عندهما؛ لأن التأجيل: تبرع من المريض، وتبرع المريض يعتبر من الثلث، وجميع الثمن هنا بدل رقبة الدار؛ بدليل: أنه يثبت فيه أحكام البدل من جريان بيع المرابحة على جميع الثمن، والأخذ بالشفعة بكل الثمن إذا كان البدل داراً، لا صلة مثل بدل الخلع، فيتعلق به حق الورثة كما تعلق بالبدل، فيعتبر تبرعه من الثلث الذي لم يتعلق به حق الورثة.

وعن أبي حنيفة: الأجل فيما زاد على القيمة: يصح من رأس المال ويعتبر من الثلث في قدر القيمة.

هذا، ولما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل في الكتابة.. شرع في ذكر أحكام تتعلق بالنائب فيها، فقال: (**وإن كاتب حر**)؛ أي: قبل الكتابة (**عن عبد**) لرجل (**بألف، وأدى**) الحر ذلك الألف (**عنه**)؛ أي: عن العبد (**.. عتق**) العبد (**ولا يرجع**) الحر (**به**)؛ أي: بالألف الذي أداه (**عليه**)؛ أي: على العبد؛ لأنه متبرع فيه.

(**وإن قبل العبد.. فهو مكاتب**).

قال في «الجامع الصغير»: وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم؛ فإن أدى عنه.. عتق، وإن بلغ العبد وقبل.. فهو مكاتب.

واختلف شارحوه في تصويره:

فقال [٥٤٢/ب] **بعضهم**: هو أن يقول الحر لمولى العبد: كاتب عبدك فلاناً على ألف درهم، على أني إن أديت إليك ألفاً، فهو حر، فكاتبه المولى على هذا الشرط

وقبله الحر عنه، ثم أدى الحر ألفاً.. فإنه يعتق بأدائه بحكم الشرط؛ فإنه لما علق عتقه بأدائه.. عتق بأدائه؛ لوجود الشرط من غير حاجة إلى قبول العبد وإجازته؛ كما إذا علقه بغيره من الشروط فوجد الشرط.. فإنه يعتق بوجود الشرط.

وإذا بلغ هذا العبد، فقبله العبد حين بلغ.. صار مكاتباً؛ لأن كتابته كانت موقوفة على إجازته وقبوله، فصارت إجازته في الانتهاء: كقبوله في الابتداء.

ولو قبلها في الابتداء أو وكل به.. كان ينفذ عليه، فكذا إذا أجازه في الانتهاء.

يعني: أن هذا العقد:

نافذ في حق ما للعبد من حرمة بيعه، ونفوذ عتقه بأداء هذا الحر.

وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البدل؛ لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك، فيتوقف على إجازة من له الإجازة؛ فإذا قبله.. كان ذلك إجازة منه، فيصير مكاتباً؛ لأن الإجازة في الانتهاء.. كالإذن في الابتداء.

وإن رده العبد ولم يقبله، وأدى عنه ذلك الحر.. لا يجوز؛ لأن العقد ارتد برده.

ولو ضمن الحر.. لم يلزمه شيء؛ لأن الضمان ببدل الكتابة لا يجوز.

ثم لو أدى الحر البدل عنه.. يعتق العبد، ولا يرجع الحر عليه بشيء؛ لأنه متبرع فيه، وحصل له مقصوده ـ وهو عتق العبد ـ فصاركما لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري.

وهل يرجع على المولى ويسترد ما أداه؟

إن أداه بضمان.. يرجع؛ لأن ضمانه كان باطلاً؛ لأنه ضمن غير الواجب.

وإن أداه بغير ضمان.. لا يرجع؛ لأنه تبرع به ليحصل له العتق.

هذا إذا أدى بدل الكتابة كله، وإن أدى عنه بعضه.. فله أن يرجع؛ سواء أدى بضمان أو بغير ضمان؛ لأنه لم يحصل له غرضه ـ وهو: العتق ـ فكان حكم الأداء موقوفاً، فيرجع.

وَإِن كَاتَبَ عبداً عَن نَفسِهِ، وَعَن آخرَ غَائِبٍ فَقبِلَ.. صَحَّ، وَقبُولُ الْغَائِبِ وردُّه لَغْوٌ، وَيُؤْخَذُ الْحَاضِرُ بِكُلِّ الْبَدَلِ، وَلَا يُؤْخَذُ الْغَائِبُ بِشَيْءٍ، ....

وقال بعضهم: هو أن يقول: كاتب عبدك على ألف درهم، ولم يقل: على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر، فأدى.. عتق استحساناً لا قياساً؛ لأنه لا شرط؛ حتى يعتق بوجود الشرط، والعقد موقوف.

وجه الاستحسان: أنه لا ضرر للعبد الغائب في توقف العتق على أداء ذلك الحر، فيصح العقد في حق هذا الحكم، ويتوقف في لزوم الألف على العبد.

(وإن كاتب) المولى (عبداً عن نفسه)؛ أي: عن نفس العبد (وعن) عبد (آخر) له (غائب، فقبل) الحاضر (.. صح) العقد.

(وقبول) العبد (الغائب ورده: لغو)؛ لأن الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله.. فلا يعتبر بعد ذلك قبوله [٥٤٣/أ]، ولا رده.

يعني: إذا قال العبد لمولاه: كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب، ففعل المولى.. جاز استحساناً.

والقياس: أن تصح على نفسه؛ لولايته عليها، وتتوقف في حق الغائب؛ لعدم الولاية عليه؛ كمن باع عبده وعبد غيره، أو زوج أمته وأمة غيره.

ووجه الاستحسان: أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء: جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة؛ كالأمة إذا كوتبت.. دخل أولادها في كتابتها تبعاً؛ حتى عتقوا بأدائها، وليس عليهم من البدل شيء.

وإذا صح العقد على هذا الوجه.. لا يكون على الغائب من البدل شيء.

(ويؤخذ الحاضر بكل البدل، ولا يؤخذ الغائب بشيء)؛ لأن التبع في العقد لا شيء عليه عند وجود الأصل فيه.

وَأَيُّهمَا أَدّى.. أُجبِرَ الْمولى على الْقَبُولِ، وعتقا، وَلَا يرجعُ أَحدُهمَا على الآخرِ.

(وأيهما) من الحاضر والغائب (أدى) البدل (.. أجبر المولى على القبول)؛ يعني: يحكم بعتقه بالتخلية بين المال والمولى؛ سواء أخذ المولى أو لا، وسواء كان المخلي هو الحاضر أو الغائب.

أما الحاضر.. فلكون البدل عليه، وأما الغائب.. فلأنه ينال شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه.

وهذا كمن استعار من رجل ثوباً ليرهنه بدينه، فرهنه، ثم إذا أدى المعير الدين للمرتهن لفكاك عينه.. يجبر المرتهن على القبول؛ لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه.

(وعتقا)؛ أي: الحاضر والغائب؛ لوجود شرط العتق وهو أداء بدل الكتابة.

(ولا يرجع أحدهما على الآخر).

أما الحاضر: فلأنه قضى ديناً عليه، ومثله لا يرجع على آخر.

وأما الغائب: فلأنه متبرع في أداء غيره مضطر إليه، ومثله أيضاً لا يرجع.

فإن قيل: إن الغائب كمعير الرهن على ما تقدم آنفاً، ومعير الرهن مضطر في الأداء، ولهذا.. كان يرجع على المستعير بما أدى، فكيف يكون غير مضطر إليه؟

أجيب: بأنه مثل معير الرهن في جواز الأداء من غير دين عليه، لا في الاضطرار؛ فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل، وههنا ليس كذلك، إنما هو لعرضية أن تحصل له الحرية، وهذا كما يقال: عدم الربح، لا يسمى حراماً.

فإن قيل: حق الحرية حاصل له بالكتابة بما فاته لو لم يؤد، فكأنه مضطر إليه.

أجيب: بأنه متوهم، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً.. فلا يثبت به، ثم المولى إذا أعتق الغائب.. يسقط عن الحاضر حصته من البدل؛ لأن الغائب دخل في العقد مقصوداً، فكان البدل منقسماً [٥٤٣/ب] عليهما وإن لم يكن مطالباً به.

وَكَذَا لَو كاتبَهُما مَعاً، وَلَا يعْتَقُ أَحدُهمَا بأَدَاءِ حِصَّتِهِ.

بخلاف الولد المولود في الكتابة.. حيث لا يسقط عن الأم شيء من البدل بإعتاق المولى الولد؛ لأنه لم يدخل في العقد مقصوداً إذا لم يكن يوم العقد موجوداً، وإنما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعاً لها.

وكذا: ولدها المشترى.

ولو أبرأ المولى الغائب أو وهبه مال الكتابة.. لا يصح؛ لعدم وجوبه عليه.

ولو أبرأ الحاضر أو وهب له البدل.. صح وعتقا جميعاً.

بخلاف ما لو أعتق الحاضر.. حيث لم يعتق الغائب، بل سقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدي الغائب حصته حالاً، وإلا.. رد في الرق.

بخلاف الولد المولود في الكتابة.. حيث يبقى على نجوم والده إذا مات. كذا في «الزيلعي».

(**وكذا**)؛ أي: صح (**لو كاتبهما معاً**)؛ أي: لو كاتب المولى عبديه كتابة واحدة.. صح.

(**ولا يعتق أحدهما بأداء حصته**)؛ يعني: لو كاتب رجل عبديه كتابة واحدة بألف.. وذلك على وجهين:

أحدهما: أن يكاتبهما على أنهما إن أديا الألف عتقا، وإن عجزا ردا إلى الرق.. صح العقد وعتقا معاً بأداء الكل؛ حتى لو أدى أحدهما حصته من البدل.. لا يعتق عندنا؛ لأنه علق عتقهما في كتابة واحدة بأدائهما كل البدل، فلا يعتق أحدهما بدون كمال الشرط؛ كما لو قال: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حران..لا يعتق أحدهما بدخول واحد منهما وحده، وفيه خلاف زفر.

وثانيهما: أن يكاتبهما معاً على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر.. صح أيضاً في الاستحسان، ويجعل كل واحد منهما أصيلاً في وجوب الألف عليه،

بِخِلَافِ مَا لَو كَانَا لاثنين.

وَلَو عجَّزَ أَحدُهُمَا ثُمَّ أَدّى الآخرُ الْكلَّ.. عتقا.

ويكون عتقهما معلقاً بأدائه، ويجعل كفيلاً بأدائه بألف في حق صاحبه؛ تصحيحاً لتصرفهم؛ لحاجتهم إلى الخروج عن الرق.

وإذا كان كذلك؛ فأحدهما أدى الألف جميعاً.. عتقا؛ لوجود الشرط، ويرجع على صاحبه بنصف ما أدى؛ لأنه قضى ديناً عليه بأمره، فيرجع عليه تحقيقاً للمساواة.

ولو أعتق المولى أحدهما قبل الأداء.. عتق وسقطت حصته، ويبقى على الآخر النصف، ويأخذه المولى من أيهما شاء:

من المعتق: بالكفالة.

ومن صاحبه: بالأصالة، كذا في «الاختيار».

وكلام المصنف يحتمل الصورتين.

(**بخلاف ما لو كانا**)؛ أي: العبدان (لاثنين) وكاتباهما بألف كتابة واحدة.. فإن كل واحد منهما يكاتب بحصة نفسه لا حصة الآخر، ويعتق بأدائهما؛ لأن كل واحد منهما إنما استوجب البدل على مملوكه، ويعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره.

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن شرطه معتبر [٥٤٤/أ] في حقهما؛ لأنهما مملوكاه. كذا في «الاختيار».

(**ولو عجز أحدهما: ثم أدى الآخر الكل**)؛ أي: كل البدل (.. **عتقا**).

قال في «الاختيار»: فإن عجز أحدهما فرد إلى الرق؛ إما بتصالحهما، أو رده القاضي، ولم يعلم الآخر ذلك، ثم أدى الآخر جميع الكتابة.. عتقا؛ لأنهما كشخص واحد.

ألا ترى: أنهما لا يعتقان إلا بأداء الجميع، فكذا لا يردان إلا بعجزهما، ولأن

وَإِن كاتَبَتْ أمةٌ عَنْهَا وَعَن صغيرَينِ لَهَا.. جَازَ، وَأيٌّ أدّى.. أُجبِرَ الْمولى على الْقَبُولِ، وعتقوا، وَلَا يرجعُ على غَيرِهِ.

الغائب يتضرر بهذا القضاء؛ لأنه لو نفذ.. تسقط حصته من البدل، ولا يعتق بأداء حصته. انتهى.

(**وإن كاتبت أمة عنها**)؛ أي: عن نفسها، (**وعن صغيرين لها**)؛ أي: للأمة (..**جاز**) استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز إلا عن نفسها؛ لولايتها على نفسها لا عن صغيرين؛ لعدم ولايتها عليهما.

وجه الاستحسان: أن المولى خاطب الأمة قصداً وجعل الصغيرين تبعاً لها، والكتابة على هذا الوجه: مشروعة، حتى عتقوا جميعاً بأداء الأمة، وليس على الصغيرين شيء من البدل كما في المسألة المتقدمة.

(**وأيٌّ**) من الأمة والصغيرين (**أدى**) الكتابة (.. **أجبر المولى على القبول وعتقوا، ولا يرجع**) المؤدي (**على غيره**).

أما الأمة: فلأنها أدت ما عليها من الدين.

وأما الصغيران: فلأنهما تبرعا، والمتبرع لا يرجع.

واعلم: أن وضع المسألة في الأمة: إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء؛ فإنه لو وضعها في العبد.. لربما توهم: أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما، فلا يجوز ذلك في الأمة؛ لعدم ولاية الأم على الولد؛ حرة أو أمة، بل طريق جواز العقد في الأولاد بطريق التبعية استحساناً، لا بطريق الولاية.

* * *

(بَابُ كِتَابَةِ العَبْدِ الْمُشْتَرَكِ)

وَلَو أَذنَ أَحدُ شَرِيكَيْنِ فِي عبدٍ للْآخرِ أَن يُكَاتِبَ حِصَّتَهُ مِنْهُ بِأَلفٍ وَيقبضَ الْبَدَلَ، فَفعلَ وَقبضَ الْبَعْضَ، فعجزَ الْمكَاتبُ.. فالمقبوضُ للقابضِ خَاصَّةً، وَقَالا: بَينهمَا ....

(بَابُ كِتَابَةُ العَبْدِ المُشْتَرَكِ)

(**ولو أذن أحد شريكين في عبد**) متعلق بشريكين (**للآخر**) متعلق بـ«أذن».

(**أن يكاتب حصته**)؛ أي: حصة الآخر، وهو المأذون له (**منه**)؛ أي: من العبد (**بألف**) متعلق بـ «يكاتب» (**ويقبض البدل، ففعل**)؛ أي: كاتبه (**وقبض البعض**)؛ أي: بعض البدل وهو الألف، (**فعجز المكاتب.. فالمقبوض للقابض خاصة**). عند أبي حنيفة.

(**وقالا: بينهما**)؛ أي: العبد مكاتب بينهما وما أدى.. فهو بينهما.

وأصل هذا الاختلاف: أن الكتابة تتجزأ عند أبي حنيفة، ولا تتجزأ عندهما كالإعتاق؛ لأن الكتابة شعبة من شعبه؛ لأنها تفيد الحرية من وجه ـ أعني: يداً: في الحال، وفي المآل: رقبة ـ فتقتصر على نصيب من كاتبه؛ أعني: الشريك المأذون له، ولا تتجاوز حصة الآذن عنده؛ لأن الإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة، وإنما تكون فائدته: أن لا يكون للآذن حق الفسخ [٥٤٤/ب] كما يكون له ذلك إذا لم يأذن.

وفائدة إذنه بالقبض: أن ينقطع حقه فيما قبض، بل يختص به القابض؛ لأن إذنه بالقبض: إذن للعبد بالأداء إليه منه، فيكون متبرعاً بنصيبه على المكاتب، فيصير المكاتب أخص به.

فإذا قضى به دينه.. اختص به القابض، وسلم له كله؛ كرب الوديعة إن أَذِنَ للمودع بقضاء دينه من الوديعة، فقضى المودع.. لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل، كذا هذا.

إلا إذا نهاه الآذن قبل الأداء.. فيصح نهيه؛ لأنه تبرع لم يتم بعد.

والحاصل: أن العبد المكاتب نصف كسبه؛ لكونه مكاتباً، والنصف الآخر للشريك الذي لم يكاتب وهو الآذن؛ لأن نصيبه قن، فيكون كسبه له؛ فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه.. صح، ويتم تبرعه بقضاء دينه به، ولهذا.. كان المقبوض للقابض.

وإن عجز المكاتب قبل الأداء جميعاً.. فهل يرجع الآذن بذلك؟

فقال في «الزيلعي»: إنه لا يرجع وإن لم يحصل مقصوده وهو حرية المكاتب؛ لأن المتبرع عنه: هو العبد، ولو رجع.. لرجع به على العبد، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً.

بخلاف ما إذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع، ثم استحق المبيع، أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع، أو تبرع إنسان بقضاء مهر، ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه.. حيث يرجع البائع والمرأة بالثمن والمهر؛ لأن ذمة البائع والمرأة صالحة لوجوب دين المتبرع عليهما، فأمكن الرجوع.

وعندهما: أن الكتابة لا تتجزأ كالإعتاق، فيكون الإذن بكتابة نصيب صاحبه إذناً بكتابة كله؛ فإذا كاتبه.. صار كله مكاتباً نصيبه بالأصالة، ونصيب شريكه بالوكالة، فيكون مكاتباً لهما، ويكون بدل الكتابة بينهما، والمقبوض بينهما أيضاً، قبل العجز وبعده.

وإنما قيد بقوله: «فعجز المكاتب»؛ لأنه لو لم يعجز وأدى كل البدل وقبضه الشريك المأذون له.. يعتق نصيبه.

ولو كاتبه بغير إذن شريكه.. صار نصيبه مكاتباً عند أبي حنيفة.

وعندهما: صار كله مكاتباً؛ لما ذكرناه أيضاً من الأصل المذكور: «من أن الإعتاق: هل يقبل التجزؤ أم لا يقبله؟».

أَمَةٌ لِرجلَيْنِ كاتباها، فَأَتَت بِولدٍ فادَّعاهُ أَحدُهُمَا، ....

وحينئذ.. كان للساكت أن يفسخ بالإجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة؛ دفعاً للضرر عن نفسه.

بخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط.. حيث لا ينفسخ؛ لأنه لا يقبل.

ولو أدى بدل الكتابة.. عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة؛ لأن العتق يتجزأ عنده، وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة [٥٤٥/أ]؛ لأنه كسب عبد مشترك بينهما.

ثم ينظر:

إن كاتب كله بألف.. لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه؛ لأنه سلم له بدل نصيبه.

وإن كاتب نصيبه فقط بألف.. رجع على المكاتب بما أخذه شريكه؛ لأن الكل كان بدل نصيبه، فلم يسلم له إلا نصفه، فيرجع به عليه.

وعندهما: بالأداء عتق كله، ويرجع الساكت على شريكه إن كان موسراً، وإلا.. فعلى العبد.

ولو كاتب الساكت بمائة دينار بعد الأول.. صار مكاتباً لهما.

أما عنده: فظاهر؛ لأن نصيبه لم يكاتب من قبل، فتصح كتابته بعد الأول؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده، فنفذ كتابة كل واحد منهما.

وأما عندهما: فلأن الساكت كان له أن يفسخ كتابة شريكه بغير بإذنه؛ فإذا كاتبه.. كان فسخاً في نصيبه منه، فأيهما قبض شيئاً من بدل نصيبه.. لا يشاركه صاحبه في ذلك.

(أمة لرجلين)؛ أي: مشتركة بينهما (كاتباها)، فوطئها أحدهما، (فأتت بولد، فادعاه)؛ أي: الولد (أحدهما)؛ أي: الواطئ؛ يعني: صحت دعوته وثبت نسبه منه.

ثـمَّ أَتَـت بـآخرَ فادَّعـاه الآخـرُ، فعجـزت.. فَهِـيَ أمُّ ولـدٍ لـلأوَّلِ وَضـمنَ نصـفَ قيمتِهَا، ....

(ثم أتت بآخر)؛ أي: ثم وطئها الشريك الآخر فأتت بولد آخر، (فادعاه الآخر)؛ يعني: صحت دعوته أيضاً وثبت نسبه منه، (فعجزت) الأمة عن الكتابة.

(.. فهي)؛ أي: فالأمة بعد تعجيز نفسها: (أم ولد للأول)؛ أي: للواطئ الأول؛ لأنه لما ادعى الواطئ الأول الولد الأول.. صحت دعوته؛ لقيام الملك له فيه؛ لأن نصفها له، فصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد في المكاتبة تنجزأ عند أبي حنيفة؛ لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه، ولا يمكن تملك نصيب صاحبه؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فتقتصر أمومية الولد على نصيبه.

كما في المدبرة المشتركة؛ فإن الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق.

بجامع أن كلاً من الكتابة والتدبير: يمنع الانتقال من ملك إلى ملك.

ولا وجه لفسخ الكتابة؛ لأن المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة، ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد؛ فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة.. لا ينفسخ إلا بفسخ المكاتبة.

ثم إن ادعى الواطئ الثاني ولدها الآخر.. صحت دعوته أيضاً؛ لقيام ملكه فيها أيضاً.

ثم لما عجزت نفسها بعد ذلك.. جعلت الكتابة كأن لم تكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول؛ لأنه زال المانع من الانتقال من ملك إلى ملك ـ وهو الكتابة ـ ووطؤه كان سابقاً، فتكون كلها أم ولد للأول بالاتفاق.

والخلاف الواقع [٥٤٥/ب] بين أبي حنيفة وبين صاحبيه: في أمر آخر على ما سيظهر لك.

فإذا كانت كلها أم ولد للأول.. فالحكم فيها: ما أشار إليه بقوله: (وضمن)؛ أي: الواطئ الأول لشريكه: (نصف قيمتها)؛ لأنه تملك نصيب شريكه لما استكمل الاستيلاد.

وَنصفَ عُقْرِهَا، وَضمنَ الثَّانِي تَمامَ عُقْرِهَا، وَقِيمَةَ الْوَلَد، وَهُوَ ابْنُهُ.

وَأيُّهمَا دَفَعَ الْعُقرَ إِلَيْهَا قبلَ الْعَجزِ.. جَازَ.

(**ونصف عقرها**)؛ لأنه وطئ جارية مشتركة.

(وضمن) الواطئ (**الثاني**) للأول: (**تمام عقرها**)، فيكون النصف بالنصف قصاصاً، ويبقى للأول على الثاني نصف العقر (**وقيمة الولد**) عطف على «تمام عقرها».

(**وهو**)؛ أي: الولد (**ابنه**)؛ أي: ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة.

أما بالنظر إلى الظاهر؛ فلأنه بمنزلة المغرور؛ لأنه حين وطئها: كانت ملكه، قائماً ظاهراً، وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة.

وأما بالنظر إلى الحقيقة؛ فللزوم كمال العقر؛ لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة.

اعترض عليه: بأنه لما وطئ أم ولد الغير حقيقة.. كان ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة؛ لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه، ولا قيمة لأم الولد عنده، فكذا لولدها.

أجيب عنه: بأن هذا على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة: فليس عليه ضمان قيمة الولد، وفيه نظر؛ لأن المشهور وهو الظاهر من كلام المصنف: أن هذا ليس على قول أبي حنيفة.

بل الصواب في الجواب: ما قيل عن أبي حنيفة في تقوّم أم الولد: روايتان:

في رواية: أنها تتقوم، فيكون ولدها متقوماً أيضاً على هذه الرواية، فيكون حراً بالقيمة.

(**وأيهما**) من الواطئ الأول والثاني (**دفع العقر إليها**)؛ أي: إلى المكاتبة (**قبل العجز.. جاز**)؛ لأن الكتابة ما دامت باقية.. فحق القبض لها؛ لاختصاصها بمنافعها وأبدالها.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يثبتُ نسبُ الْوَلَدِ مِنَ الثَّانِي، وَلَا يضمنُ قِيمَتَهُ، وَحكمُهُ: كَأُمِّهِ، وَيضمنُ تَمامَ الْعُقرِ، ....

وإذا عجزت.. ترد العقر الذي أخذته إلى المولى؛ لظهور اختصاص المولى به. هذا كله قول أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا يثبت نسب الولد من الثاني، ولا يضمن قيمته**)؛ يعني: أنها عندهما: أم ولد للأول ومكاتبة له، فعتقت بأداء البدل إلى الأول، ولا يجوز تكميلها بالإجماع ما أمكن؛ لأن الاستيلاد طلب الولد، وإنه يقع بالفعل، والفعل لا يتجزأ، فكذا ما ثبت به.

ولهذا، يجب استكمالها فيما لو استولد أمة مشتركة بالإجماع؛ لإمكان التكميل بالتملك نصيب شريكه؛ لكونها قابلة للانتقال.

وقد أمكن هنا أيضاً بطريق الفسخ؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ.. فينفسخ تكميل الاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة، وهو أمومية الولد؛ لأنه لا ضرر لها فيها، بل لها فيها نفع؛ حيث لم تبق محلاً للابتدال بالبيع والهبة، وتبقى الكتابة فيما تتضرر، وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها.. فإنه لو انفسخت الكتابة في كونها بأكسابها.. لتضررت به المكاتبة [٥٤٦/أ]، فلا يضمن قيمته.

(**وحكمه: كأمه**) في عدم التقوم، وإلا.. يضمن قيمتها، (**ويضمن تمام العقر**)؛ لأن مثل هذا الوطء في دار الإسلام: لا يخلو عن إحدى الغرامتين: الضمان الجابر، أو الحد الزاجر، ولما تعذر الحد لشبهة أنها مكاتبة بينهما.. فتعين تمام العقر لها.

ثم اختلفوا: فقال أبو منصور الماتريدي: إذا بقيت الكتابة فيما وراء أمومية الولد وصارت مكاتبة للأول.. صارت مكاتبة له بنصف بدل الكتابة؛ لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب، ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة.

وقال الجمهور: إنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة؛ لأن الانفساخ ضروري، فلم

وَيضمنُ الأَوَّلُ نصفَ قيمتِهَا مُكَاتبَةً عِنْدَ أَبي يُوسُفَ، والأقلَّ مِنْهُ وَمِن نصفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْبَدَلِ عِنْدَ محمَّدٍ.

وَلَو لم يطَأِ الثَّانِي بل دبَّرَهَا فعجزَتْ.. بَطلَ التَّدْبِيرُ، ....

يظهر فيما وراء الضرورة، وهو التملك لاستكمال الاستيلاد.. فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل.

(**ويضمن الأول**)؛ أي: للثاني (**نصف قيمتها مكاتبة عند أبي يوسف**)؛ لأنه تملك نصيب شريكه مكاتبة؛ موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان التملك، وهو لا يختلف باليسار والإعسار.

(**والأقل منه**)؛ أي: ويضمن الأقل من نصف قيمتها، (**ومن نصف ما بقي من البدل عند محمد**)؛ لأن حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الأداء، أو في نصف البدل على اعتبار الأداء، والأقل متيقن.. فيجب الأول.

واعلم: أن هذا التركيب من مشكلات هذا الفن؛ لأنه قد يتوهم أن كلمة «من» هذه التي تستعمل في أفعل التفضيل، وليس كذلك، على ما بينه بعض محققي مشايخنا؛ حيث قال:

إن كلمة «من» ليست هي التي تستعمل في أفعل التفضيل؛ لأنه إن أريد أنه يضمن بأقل من كل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من البدل.. فهذا غير مراد، وإن أريد أنه يضمن بأقل من المجموع أو بأقل من أحدهما.. فهذا مع كونه غير مراد أيضاً: شيء مجهول غير مفيد.

بل المراد: أنه يضمن بما هو أقل؛ فإن كان نصف القيمة أقل.. يضمنه، وإن كان نصف ما بقي أقل.. يضمنه.

فتكون «من» للبيان: تقديره: أنه يضمن بما هو أقل من الآخر الذي هو نصف القيمة تارة، ونصف ما بقي أخرى. هذا كله فيما إذا وطئها الثاني.

(**ولو لم يطأ الثاني، بل دبَّرها**) الثاني، (**فعجزت**) المكاتبة نفسها (**.. بطل التدبير**)

وَهِي أمُّ ولدٍ للأوَّل، وَالْولدُ لَهُ، وَضَمِنَ نصفَ قيمتِهَا، وَنصفَ عُقرهَا.

وَلَو أعْتقَهَا أَحدُهُمَا مُوسِراً فعجزَتْ.. ضمنَ الْمُعْتِقُ نصفَ قيمتِهَا، وَيرجعُ بِهِ عَلَيْهَا.

خلافاً لَهما.

بالاتفاق؛ لعدم مصادفته الملك.

أما عندهما: فظاهر؛ لأن المستولد تملكها قبل العجز عندهما؛ لما تقدم في المسألة المتقدمة.

وأما عند أبي حنيفة: فلأنه بالعجز: تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء، فتبين: أن التدبير صادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك.. فلا يصح بدونه.

بخلاف النسب.. فإنه يثبت من الثاني إن وجد الوطء منه؛ لأنه يعتمد [٥٤٦/ب] الغرور لا الملك.

(**وهي أم ولد للأول**)؛ لأنه تملك نصيب شريكه، وكمل الاستيلاد؛ لزوال المانع من الانتقال بالعجز. على ما تقدم.

(**والولد له**)؛ أي: للأول؛ لأنه صحت دعوته؛ لقيام الملك في المكاتب، (**وضمن**) الأول لشريكه (**نصف قيمتها**)؛ لأنه تملك نصفها بالاستيلاد بالقيمة (**ونصف عقرها**)؛ لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما.

(**ولو أعتقها أحدهما**)؛ أي: لو كاتباها، ثم أعتقها أحدهما (**موسراً**)؛ أي: المعتق، (**فعجزت**) المكاتبة نفسها (.. **ضمن المعتِق**) ـ اسم فاعل ـ أي: ضمن لشريكه (**نصف قيمتها ويرجع**) المعتق (**به**)؛ أي: بما ضمن لشريكه (**عليها**)؛ أي: على الأمة عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ فإنهما قالا: يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها، ولا يرجع عليها بما ضمن لشريكه؛ لأنه إنما ضمن بسبب إعتاقه، والإعتاق فعله.. فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله.

وإنْ لم تعجز.. فلا ضمانَ.

وَعِنْدَهُمَا: يضمنُ الْمُوسِرُ، ....

وأما ضمان شريكه؛ فلأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، والكتابة لا تمنع ورود العتق على المكاتبة، فعتقت كلها عندهما للحال، وانفسخت الكتابة، فيلزمه الضمان لشريكه.

ولأبي حنيفة: أن العتق يتجزأ عنده، فجاز إعتاق نصف المكاتبة، ولا يؤثر ذلك الفساد في نصيب الساكت زائداً على ما أوجبته الكتابة.. فلا يظهر أثر الإعتاق في نصيب الساكت ما دامت مكاتبة؛ لأن إعتاق النصف عنده: إنما يؤثر في جعل الباقي كالمكاتبة، وهي كانت مكاتبة قبل الإعتاق، فكان الإعتاق محققاً لكتابتها.. فلا يضمن المعتق قبل العجز عنده؛ لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها.

فإذا عجزت.. ظهر أثر العتق فيها؛ فكان للساكت الخيارات الثلاث:

إن شاء.. أعتق، وإن شاء.. استسعى الأمة، وإن شاء.. ضمَّن شريكه قيمة نصيبه.

وعندهما: ليس له إلا الضمان مع اليسار، والسعاية مع الإعسار، على ما بين في كتاب الإعتاق.

فإذا ضمن المعتق.. كان له أن يرجع عليها عنده؛ لما ذكرناه: من أنه قام مقام الساكت، وللساكت الاستسعاء، فكذا للمعتق.

واعلم: أن أحد الشريكين لو أعتق القن المشترك بينهما.. فالخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه: كالخلاف المذكور في المكاتبة المشتركة في الرجوع، وفي الخيارات الثلاث، وفي الولاء، وترديد الاستسعاء، على ما تقدم في كتاب العتق، وبينّه في «العناية» و«النهاية».

(**وإن لم تعجز**) المكاتبة (.. **فلا ضمان**) على المعتق عند أبي حنيفة؛ لما ذكرناه: من أن أثر العتق لم يظهر في نصيب الساكت.

(**وعندهما: يضمن الموسر**)؛ لما ذكرناه: من أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما،

وَتجبُ السّعَايَةُ فِي الْمُعسِرِ.

وَلَو دبَّرَ أَحدُ الشَّرِيكَيْنِ، ثـمَّ أَعتقَ الآخرُ مُوسِراً.. ضمَّنهُ الْمُدبِّرُ، أَوِ استسعى العَبْدَ، أَو أَعْتقَهُ، وإِنْ عكسا.. فالمدَّبِّرُ يُعْتِقُ أَو يستسعي.

فيعتق الكل.. فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً.

(**وتجب السعاية في**) [٥٤٧/أ] (**المعسر**)؛ لأنه ضمان إعتاق، فيختلف باليسار والعسار.

(**ولو دبر أحد الشريكين، ثم أعتق الآخر**) حال كون المعتق (**موسراً.. ضمَّنه**) من التضمين (**المدبر، أو استسعى العبد أو أعتقه**)؛ يعني: مخير بين الثلاثة.

(**وإن عكساً**)؛ أي: أعتق أحد الشريكين أولاً ثم دبر الآخر (.. **فالمدبر يعتق أو يستسعى**)؛ يعني: أعتق أحدهما أوّلاً.. فللآخر الخيارات الثلاث أيضاً، وإن دبره.. لم يبق له خيار التضمين، بل بقي له خيار الإعتاق والاستسعاء. هذا كله عند أبي حنيفة.

ووجهه: أن التدبير تنجيز عنده مثل الإعتاق؛ فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه، ولا يتجاوز نصيب الآخر، لكنه يفسد به نصيب الآخر؛ لسد باب النقل عليه.. فللآخر: أن يضمن قيمة نصيبه، أو أن يعتقه، أو استسعاه؛ أي: مخير بين الخيارات الثلاث.

فإذا أعتقه.. لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، ويقتصر الإعتاق على نصيبه أيضاً؛ لأنه يتجزأ عنده، ولا يسري إلى نصيب الآخر، ولكنه يفسد به نصيب الآخر؛ لسد باب الاستخدام عليه.. فللآخر: تضمين قيمة نصيبه والإعتاق والسعاية أيضاً؛ فإن ضمَّنه.. ضمَّنه قيمة نصيبه مدبراً؛ لأن الإعتاق صادف المدبر.

وهل يتملكه بالضمان؟

ففي «العناية»: أنه لا يتملكه بالضمان؛ لأنه يقبل الانتقال من ملك إلى ملك؛ كما إذا غصب مدبراً وأبق.. فإنه يضمنه، ولا يتملكه، فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك. انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: إِنْ دبَّر الأوَّلُ.. ضمنَ نصفَ قِيمَتِهِ مُوسِراً أَو مُعسراً، وَعِتْقُ الآخرِ لَغْوٌ.

هذا كله بيان المسألة الأولى.

وأما المسألة الثانية إذا عكسا؛ فإن أعتقه أولاً، ثم دبره الآخر خيار [.. لم يكن له] التضمين والإعتاق والاستسعاء عنده؛ لأن العتق اقتصر على نصيبه؛ لكونه يتجزأ عنده، فلا يسري نصيب الآخر، لكنه يفسد نصيب الآخر كما مر.. فله الخيارات الثلاث.

وإذا دبره.. لم يبق له خيار التضمين؛ لأنه بمباشرة التدبير: يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان؛ لأن نصيبه كان قناً عند إعتاق المعتق، فكان تضمينه إياه معلقاً بشرط تمليك العين بالضمان، وقد فوت ذلك بالتدبير.

بخلاف الأول؛ فإن هناك كان نصيبه مدبراً عند إعتاق المعتق، لا قناً.. فلا يكون الضمان مشروطاً بتمليك العين منه.

والحاصل: أن الضمان يتعلق بالتمليك: **إذا كان المحل قابلاً له وقت الإعتاق؛** كما إذا أعتق أولاً أو غصب القن، فمات أو أبق.

وأما **إذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الإعتاق؛** كما إذا تقدم التدبير.. فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك.. لا بالتمليك.

فإذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق [٥٤٧/ب] بالتمليك.. سقط الضمان؛ لفوات شرطه، فصار مفوت الشرط بتفويته: مبرئاً لصاحبه عما لزمه، وبقي له خيار الإعتاق والاستسعاء؛ لأن المدبر يعتق ويستسعى.

(**وعندهما: إن دبر الأول.. ضمن نصف قيمته؛ موسراً**) كان المدبر (**أو معسراً، وعتق الآخر لغو**)؛ لعدم بقاء المحل المعتق.

وهذا: لأن التدبير لا يتجزأ عندهما مثل الإعتاق، فكان بالتدبير يتملك نصيب صاحبه ضرورة، فيلزمه ضمان نصيبه ضمان تملك، وضمان التملك: لا يختلف

وإِنْ أعتقَ الأَوَّلُ.. ضَمِنَ لَو مُوسِراً، أَو استسعى العَبْدَ لَو مُعسِراً وتدبيرُ الآخَرِ لَغْوٌ.

باليسار والعسار، فيضمنه موسراً أو معسراً.

ولما صادف تدبيره القن.. يضمن نصف قيمته قناً.

(**وإن أعتق الأول.. ضمن**) قيمة نصيب الآخر (**لو**) كان الأول (**موسراً**) أو معسراً، (**أو استسعى العبد لو**) كان الأول (**معسراً**)؛ لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف باليسار والعسار.

(**وتدبير الآخر لغو**)؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما..، فعتق كله بإعتاق الأول، فلم يبق للتدبير محلاً قابلاً.

* * *

(بَابُ الْعَجزِ وَالْمَوْتِ)

إِذا عجزَ الْمكَاتَبُ عَن نَجْمٍ؛ فَإِن رُجيَ لَهُ حُصُولُ مَالٍ.. لَا يعجِّلُ الْحَاكِمُ بِتعجِيزِهِ، ويُمهَلُ يَوْمَيْنِ أَو ثَلَاثَةً.؟

وَإِلَّا.. عَجَّزَهَ، وَفسخَ الْكِتَابَةَ إِن طلبَ سَيّدُهُ، أَو عَجّزَهُ سَيّدُهُ بِرِضَاهُ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُعَجَّزُ مَا لم يتوالَ عَلَيْهِ نَجْمانِ.

(بَابُ العَجْزِ وَالمَوْتِ)

أي: عجز المكاتب وموته.

(إذا عجز المكاتب عن نجم).

النجم: هو الكوكب الطالع، ثم سُمِّيَ به الوقت المضروب، ثم سُمِّيَ به ما يؤدى فيه من الوظيفة، وقد تقدم من قبل أيضاً.

(فإن رجي له)؛ أي: للمكاتب **(حصول مال)** سيصله **(.. لا يعجل الحاكم بتعجيزه، ويمهل يومين أو ثلاثة)** أيام؛ نظراً للجانبين.

فإن الثلاثة: هي المدة التي تضرب لإبلاء الأعذار؛ كإمهال الخصم للدفع؛ فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال: لي بينة حاضرة.. يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة لا يزاد عليها.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يكن له ما يرجى حصوله من المال **(.. عجزه)** الحاكم، **(وفسخ الكتابة إن طلب سيده، أو عجزه سيده برضاه)**؛ أي: رضي المكاتب، وهذا: لأنه عقد لازم تام، فلا بد له من القضاء أو الرضاء؛ كما في الرجوع عن الهبة والرد بالعيب بعد القبض.

وقيل: ينفرد المولى بالفسخ، ولا يشترط رضى المكاتب؛ كما إذا وجد المشتري عيباً في المبيع قبل القبض.. فإنه ينفرد بالفسخ.

(وعند أبي يوسف: لا يعجز ما لم يتوال عليه نجمان)؛ لقول عليٍّ رضي الله

وَإِذا عجَّزَ.. عَادَتْ أَحْكَامُ رِقِّهِ، وَمَا فِي يَدِهِ لِمَوْلَاهُ، ....

عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان.. رد في الرق، علقه بهذا الشرط.. فلا يوجد دونه.

ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق، مبناه على المسامحة؛ حتى كان أحسنه: مؤجَّله، وحالة الوجوب: بعد حِلول نجم، فلا إرفاق في الطلب عنده، فلا بد من إمهال مدة إرفاقاً.

وأولى المدة لذلك: ما توافق عليها العاقدان؛ فإذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال.. فالآن تحقق العجز عن أدائها، فينفسخ؛ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان.

ولهما: أن [٥٤٨/أ] سبب الفسخ ـ وهو العجز ـ قد تحقق؛ لأن من عجز عن أداء واحد.. كان عن أداء نجمين أعجز.

والمروي عن عليٍّ: بقيد إثبات الفسخ إذا توالى عليه نجمان.. فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه.

وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها إلى الرق، فيعارض ما روي عن علي رضي الله عنه، فسقط الاحتجاج به؛ لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ.. تساقطت، ويصار إلى ما بعد من الحجة، فبقي دليلها المذكور؛ أعني: أن سبب الفسخ ـ وهو العجز ـ قد تحقق سالماً عن المعارض؛ لأن ما ذكره أبو يوسف خُطِّئ به لا يعارض القول المعقول، فيثبت الفسخ.

(**وإذا عجز**) نفسه (**.. عادت أحكام رقه**)؛ لانفساخ الكتابة بالعجز؛ لأن مقصود المولى من الكتابة: الوصول إلى المال عند حلول نجم؛ فإذا عجز نفسه.. فات مقصود المولى، فيفسخ العقد.

(**وما**) كان (**في يده**) من الأكساب.. فهو (**لمولاه**)؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده، وكسب العبد لمولاه.

وَيحلُّ لَهُ، وَلَو أَصلُهُ مِن صَدَقَةٍ.

وَإِن مَاتَ عَن وَفَاءٍ.. لَا تفسخُ، وَيُؤَدَّى بدلُهَا مِن مَالِهِ، وَيُحكَمُ بِعِتْقِهِ فِي آخرِ جُزْءٍ من حَيَاتِهِ، وَيُورثُ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ، وَيعتقُ أَوْلَادُهُ الَّذينَ شَرَاهم، أَو وُلِدُوا فِي كِتَابَتِهِ، أَو كوتِبوا مَعَهُ تبعاً أَو قصداً.

(**ويحل له**)؛ لما ذكرناه آنفاً (**ولو**) وصلية (**أصله من صدقة**)؛ لأنها بعد قبضه: صارت من أكسابه، فحل لمولاه؛ سواء كان أداه إلى مولاه قبل عجزه، أو أداه إليه بعد عجزه.

أما الأول: فبالإجماع؛ لأن سبب الملك فيه قد تبدل؛ لأن العبد يملكه صدقة، والمولى يملكه عوضاً عن العتق، وتبدل سبب الملك كتبدل العين.

وأما الثاني: فعلى الصحيح من القول، على ما بين في «العناية» و«الهداية».

(**وإن مات**) المكاتب (**عن وفاء**)؛ أي: عن مال بقي بما كان عليه من البدل (**..لا تفسخ**) الكتابة، (**ويؤدي بدلها من ماله، ويحكم بعتقه في آخر جزء من حياته، ويورث ما بقي من ماله، ويعتق أولاده الذين شراهم أو ولدوا في كتابته**)، الظرف: متعلق بكل من الفصلين؛ أي: شراء وولداً.

(**أو كوتبوا**)، عطف على شراهم؛ أي: يعتق أولاده الذين كوتبوا (**معه**)؛ أي: مع المكاتب كتابة واحدة.

(**تبعاً**)؛ بأن كان الأولاد صغاراً؛ فإنه لو كوتب عن نفسه، وعن أولاده الصغار.. دخلت الأولاد في الكتابة تبعاً له.

(**أو قصداً**)؛ بأن كانت الأولاد كباراً؛ فإن الكبار من الأولاد يدخلون في الكتابة بكون العقد واحداً قصداً لكونهم كباراً، هذا هو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وبه أخذ علماؤنا.

وقال الشافعي: تبطل الكتابة بموته، ويموت عبداً لا حراً، وما تركه.. فلمولاه، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه.

واستدل لذلك بالمعقول؛ بأن المقصود من الكتابة: عتقه، وعتقه [٥٤٨/ب] باطل.. فالمقصود منها: كذلك، وذلك لأن العتق ثبت؛ فإما أن يثبت بعد الممات مقصوداً، أو قبله، أو بعده مستنداً إلى حال حياته.

لا سبيل إلى الأول؛ لأن الميت ليس بمحل للعتق، ولا بد له من محل يقوم به.

ولا إلى الثاني أيضاً؛ لأنه مشروط بالأداء، والفرض: عدمه.. فلزمه وجود المشروط بدون شرطه.

ولا إلى الثالث؛ لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند، وهذا الشيء لم يثبت بعد.

ولنا: أن الكتابة عقد معاوضة لا تبطل بموت أحد العاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر؛ بجامع: أن كلاً منهما يحتج إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل حاجة المكاتب إلى بقاء العقد بعد موته: أقوى من حاجة المولى؛ لأن حق المكاتب آكد من حق المولى؛ حتى لزم العقد في جانبه دون جانب المولى؛ حتى لم ينفسخ العقد بدون رضى المولى بسبب عجز المكاتب، والموت أنفى للمالكية منه؛ فإن المملوكية ضعيفة، والموت لا ينافيه؛ لكونه عجزاً صرفاً حقيقياً.

وفي المالكية: ضرب قوة، والموت ينافيها أشد منافاة، فكان الموت في المالك أنفى للمالكية في الموت في المكاتب للمملوكية.

والجواب عن الشافعي: أنه إذا لم تبطل الكتابة بالموت.. ينزل المكاتب حياً تقديراً؛ كما نزل الميت حياً في بقاء حق التركة على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق، وفي حق التجهيز والتكفين وبتنفيذ الوصايا: في الثلث؛ كما اختاره بعض العلماء.

وتستند الحرية باستناد سبب الأداء ـ وهو الكتابة ـ إلى ما قبل الموت بجزء، كما اختاره المصنف، وهو مختار الأكثرين، ويكون أداء خَلَفِهِ كأداء نفسه.. فلا يلزم تقدم

وَإِن لم يتْركْ وَفَاءً وَلهُ ولدٌ وُلِدَ فِي كِتَابَتِهِ.. سعى على نجومِهِ، فَإِذا أَدَّى.. حُكِمَ بِعِتْقِهِ وَعِتْقِ أَبيهِ قبلَ مَوتِهِ، ....

المشروط على الشرط، ولا تقدم العتق على الأداء، بل يقدر الأداء قبل العتق.

ثم اعلم: أن المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه ديون.. بدئ بدين الأجنبي، ثم بدين المولى، ثم ببدل الكتابة. كذا في «شرح النقاية» نقلاً عن «المحيط».

(وإن لم يترك وفاءً وله وَلَدٌ وُلِدَ) ـ على صيغة المجهول ـ **(في كتابته.. سعى)** الولد **(على نجومه)**؛ أي: نجوم الوالد.

(فإذا أدى) الولد بدل الكتابة **(.. حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته)**؛ أي: في آخر جزء من حياته بطريق الاستناد، هذا بالاتفاق؛ يعني: أنهم اتفقوا: على أن الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة أبيه على نجومه إن مات بلا وفاء؛ لدخوله في كتابته تبعاً له، فكان كسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء؛ كما لو تركه وفاء.. فإنه حينئذ يخلفه في الأداء بالاتفاق، فيكون أداؤه كأدائِه، فكذا هذا.

ويؤديه على نجومه؛ لأن حق الكتابة لما ثبت في الولد [٥٤٩/أ] بطريق السراية فيه.. ثبت له حق الوجه الذي ثبت لأبيه، وقد كان التأجيل ثابتاً لأبيه، فثبت له أيضاً، فلا يسقط التأجيل بموت الأب.

بخلاف الحر إذا مات وعليه دين مؤجل؛ لأن حق التأجيل لم يثبت للوارث؛ لأن ثبوت الدين على الوارث بطريق الانتقال والخلافة، لا بطريق السراية.. فلا يثبت على الوجه الذي ثبت على المورث.

ثم إذا أدى الولد.. حكم بعتق الأب والولد جميعاً بالاتفاق؛ لوجود شرط العتق ـ وهو الأداء ـ بطريق الاستناد إلى آخر جزء من حياته.

ونظيره: أن من حفر بئراً على قارعة الطريق، ثم مات عن عبد، ولا مال له غيره، فأعتقه الوارث، ثم مات فيها إنسان.. يضمن الوارث قيمة العبد؛ كأنه أتلفه بعد ثبوت الجناية. كذا في «علاء الدين».

وَالْولدُ المَشْرِيُّ.

إِمَّا أَن يُؤَدِّيَ حَالّاً، أَو يُرَدُّ فِي الرِّقّ.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْأَوَّلِ.

هذا فيما إذا لم تكن الكتابة بخيار الشرط.

أما إذا كانت بخيار الشرط.. ففيه خلاف محمد.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «الكافي»: لو كاتب أمة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فولدت هي في مدة الخيار وماتت، وبقي الولد.. بقي خيار المولى وعقد الكتابة، عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وللمولى أن يجيزها؛ فإذا أجاز.. يسعى الولد على نجوم أمه، وإذا أدى.. عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها، وعتق ولدها أيضاً استحساناً.

وعند محمد: تبطل الكتابة، ولا تصح إجازة المولى، وهو القياس؛ لأن الولد إنما يقوم مقام الوالد في الكتابة إذا كان ولد المكاتبة، وأمه لم تصر مكاتبة بعد شرط الخيار.

ولهما: أن في إبقاء العقد فائدة؛ بأن يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الأم بنفاذه في حق الولد، ثم يستند إلى وقت الانعقاد.

هذا كله في الولد المولود في الكتابة.

وأما الولد المشترى فيها.. ففيه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، وهو الذي ذكره بقوله:

(**والولد المشري**)؛ أي: الولد الذي اشتراه أبوه أو أمه في كتابته ومات بلا وفاء وترك الولد الذي اشتراه.. فقال أبو حنيفة: يقال لذلك الولد: (**إما أن يؤدي حالًّاً**) بدل الكتابة، (**أو يرد في الرق**).

(**وعندهما: هو**)؛ أي: الولد المشترى (**كالأول**)؛ أي: الولد المولود في الكتابة.

والجامع بينهما: أن الولد المشترى في الكتابة: يكاتب عليه تبعاً له مثل الولد

وَإِن مَاتَ الْمكَاتبُ وَترك ولداً من حرَّةٍ ودَيناً على النَّاس فِيهِ وَفَاءٌ، فجنى الْوَلَدُ فَقُضِيَ بأَرشِ الْجِنَايَةِ على عَاقِلَةِ الْأُمِّ.. لَا يكونُ ذَلِكَ قَضَاءً بعجزِ الْمكَاتَبِ.

المولود في الكتابة، ولهذا.. يملك المولى إعتاق الولد المشترى فيها مثل الولد المولود فيها.

بخلاف سائر أكساب المكاتب؛ فإن المولى لا تصرف له في أكسابه، ولهذا.. لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب.

وفرق أبو حنيفة بينه وبين الولد [٥٤٩/ب] المولود فيها: بأن الولد المولود ثبت له حكم الكتابة بطريق السراية؛ لكونه جزءاً منه حالة العقد، فثبت له ما ثبت لأبيه، على ما تقدم من قبل.

بخلاف الولد المشترى في الكتابة؛ لأنه لم يثبت فيه حكم الكتابة بطريق السراية؛ لعدم إمكان السراية؛ لأنه منفصل عن المكاتب حالة العقد.. فلم يثبت فيه ما ثبت للأصل من الأصل، بل يقال له ما ذكر من الترديد.

وكان ينبغي أن يباع بعد موت الأب؛ لفوات المتبوع، ولعدم السراية، ولكنه إذا جاء بدل الكتابة حالاً.. صار كأنه مات عن وفاء.

(**وإن مات المكاتب وترك ولداً من حرة**)؛ أي: امرأة معتقة لغير (**وديناً على الناس فيه**)؛ أي: في ذلك الدين (**وفاء**) بالكتابة، (**فجنى الولد، فقضى**) القاضي (**بأرش الجناية على عاقلة الأم.. لا يكون ذلك**) القضاء (**قضاء بعجز المكاتب**).

يعني: مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة معتقة، وترك ديناً على الناس فيه وفاء بمكاتبته.. فالكتابة باقية، وولاء الولد لمولى الأم.

أما بقاء الكتابة: فلأن له من المال ما ينتظر حصوله؛ لأن الدين: مال باعتبار مآله، ولكنه لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل.

وأما أن الولاء لمولى الأم: فإنه لما لم يحكم بعتقه.. لم يظهر للولد ولاء في

وَإِنِ اخْتصمَ موَالِي الْأُمِّ وَالْأَبِ فِي وَلائِهِ.. فَقضَيَ بِهِ لموَالِي الْأُمِّ.. فَهُوَ قَضَاءٌ بعجزِهِ.

جانب أبيه، فيكون لموالي الأم؛ لإلحاقه بأمه في الحرية؛ حتى لو ترك عيناً بدل الدين.. لم يتأت القضاء بإلحاقه بالأم؛ لإمكان الوفاء في الحال.

ولهذا قال: «وديناً على الناس»؛ لأنه لو ترك عيناً.. لم يكن الإلحاق بالأم.

فإن جنى هذا الولد جناية وقضي بموجب الجناية على عاقلة الأم.. لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخاً للكتابة؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة، وكل ما يقرر الشيء.. لا يبطله.

أما أنه يقرر حكم الكتابة؛ فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالي الأم، وإيجاب العقل عليهم لا على وجه الاستقرار، بل على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب بالأداء، فيجر ولاء ابنه إلى مواليه؛ لأن الولاء كالنسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب.

حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه؛ كما إذا كذب اللاعن نفسه.. عاد النسب إليه، فكذلك الولاء، فكان إيجاب العقل من لوازمها، وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه.

وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله.. فلئلا يعود على موضوعه بالنقض.

(وإن اختصم موالي الأم والأب في ولائه)؛ يعني: مات هذا الولد بعد موت الأب، واختصم موالي الأب مع موالي الأم، فقال [٥٥٠/أ] موالي الأم: مات الولد رقيقاً والولاء لنا، وقال موالي الأب: مات حراً والولاء لنا.

(فقضى) القاضي (به)؛ أي: بالولاء (لموالي الأم.. فهو قضاء بعجزه)؛ أي: عجز المكاتب وفسخ الكتابة؛ لأن هذا الاختلاف: اختلاف في الولاء مقصوداً، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها؛ فإنها إذا فسخت.. مات عبداً واستقر الولاء على

وَلَو جنى عبدٌ، فكاتَبَهُ سَيِّدُهُ جَاهِلاً بِجِنَايَتِهِ فعجَّزَ.. دَفَعَ أَو فَدَى.

وَكَذَا: لَو جنى الْمكَاتَبُ فعجزَ قبلَ الْقَضَاءِ بِهِ.

موالي الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء.. مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب واستقر عليهم.

فإذا قضى القاضي بالولاء لموالي الأم.. ينفذ قضاؤه؛ لكونه في فصل مجتهد فيه؛ لأن القضاء في فصل مجتهد فيه: نافذ بالإجماع؛ فإذا نفذ قضاؤه.. كان تعجيزاً لمكاتب وفسخاً للكتابة.

فظهر الفرق بين هذه المسألة والمسألة المتقدمة.

(**ولو جنى عبد، فكاتبه سيده جاهلاً بجنايته، فعجَّز**) المكاتب نفسه (**.. دفع**)؛ أي: المولى العبد (**أو فدى**) مالاً؛ أي: المولى مخير بين الدفع والفداء؛ لأن أحد هذين الأمرين موجب جناية العبد في الأصل، والموجب للأصل: لا يترك إلا لمانع، والمانع عنه حال الكتابة قائم:

إما عن الفداء؛ فلعدم علمه بجناية.

وإما عن الدفع؛ فلتعذره بالكتابة.

فإذا عجز عنهما.. فقد زال المانع وعاد الحكم الأصلي.

فإن قيل: فما الحكم فيه عند عدم العجز؟

فالجواب: أنه يجب على المولى قيمته لولي الجناية؛ لأنه لما لم يعلم جنايته.. لم يلزمه الفداء، ولما كان كاتبه.. تعذر عليه الدفع، فوجب عليه قيمته. كذا في «العناية».

(**وكذا**)؛ أي: المولى مخير بين الدفع والفداء (**لو جنى المكاتب، فعجز قبل القضاء به**)؛ أي: بموجب الجناية؛ لما ذكرناه: من أنه زال المانع فعاد الحكم الأصلي.

وَلَو بَعْدَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ بِهِ.. فَهُوَ دينٌ، يُبَاعُ فِيهِ.

وَلَا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَيُؤَدِّي الْبَدَلَ إِلَى ورثَتِهِ ....

(ولو) عجز (بعدما قضي عليه)؛ أي: على المكاتب (به)؛ أي: بموجب الجناية (.. فهو)؛ أي: ما قضي به عليه من موجب الجناية: (دين) في ذمة (يباع فيه).

اعلم: أن المكاتب إذا جنى جناية خطأ.. فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية؛ لأن دفعه تعذر بسبب الكتابة، وهو أحق بكسبه، وموجب الجناية عند تعذر الدفع: على من يكون له الكسب، فيلزم على المكاتب موجب جنايته، وهو: الأقل من القيمة ومن أرش الجناية.

كما في جناية المدبر وأم الولد.. فإنه يجب على المولى: الأقل من قيمتهما ومن أرش جنايتهما ؛ لأن المولى هو الأحق بكسبهما، هكذا ذكره الكرخي وغيره.

وإذا علمت هذا.. ظهر لك أن الحق فيما نحن فيه: قد انتقل بالكتابة من الموجب الأصلي ـ وهو دفع الرقبة ـ إلى القيمة؛ فإذا زالت [٥٥٠/ب] الكتابة بالعجز قبل القضاء.. عاد الموجب الأصلي، وإذا زالت به بعد القضاء.. لم يعد الموجب الأصلي؛ صوناً للقضاء عن البطلان.

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقد رجع إليه أبو يوسف آخراً.

وكان يقول أولاً: يباع فيه وإن عجز قبل القضاء، إلا أن يقضي المولى عنه، وهو قول زفر.

(ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد)؛ لأنها لو انفسخت بموته.. لأدى موته إلى إبطال حق المكاتب؛ لأن الكتابة حقه؛ لأنها سبب حريته، وحريته: حقه، وسبب الحق: حق له أيضاً، وما يفضي إلى إبطال حق الغير.. لا معتبر به.

(ويؤدي) المكاتب (البدل إلى ورثته)؛ أي: ورثة السيد؛ سواء كان البدل مالاً بأن كاتبه على مال، أو عملاً بأن كاتبه على خدمته سنة معينة.

لكنه لو كاتبه على سنتين مثلاً، فمات المولى قبل خدمته أصلاً أو تماماً.. ينقلب

علی نجومِهِ.

فَإِن أعْتقَهُ بَعضُهُم.. لَا ينفذُ، وَإِن أَعتقوهُ كلُّهم.. عَتَقَ مجاناً.

البدل مالاً، على ما بيناه عند شرح قوله: «فمن كاتب مملوكه ولو صغيراً». فليراجع.

(على نجومه)؛ أي: مؤجلاً؛ لأنه استحق الحرية على هذا الوجه، والسبب انعقد كذلك، فينبغي بهذه الصفة من غير تغيير.

(**فإن أعتقه**)، أي: المكاتَب (**بعضهم**)؛ أي: بعض الورثة (.. **لا ينفذ**) عتقه؛ لأنه لم يملكه بعد أداء المكاتب، [وهذا لأن المكاتب][1] لا يملك بسائر أسباب الملك، فكذا بالإرث، ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم.

(**وإن أعتقوه كلهم.. عتق مجاناً**) في الاستحسان.

والقياس: أن لا يعتق أيضاً؛ لعدم الملك فيه؛ لما ذكرناه.

وجه الاستحسان: أن يصير إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة؛ فإنهم يملكونه بجريان الإرث فيه، وإذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة.. عتق مجاناً؛ كما إذا أبرأه مولاه.

فإن قيل: هلّا جعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه؟

أجيب: بأنه لا يصح؛ لأنا نجعله:

إبراءً اقتضاء؛ تصحيحاً لعتقه، والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البدل.

أو أداءً، لا في بعضه ولا في كله؛ لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل، ولهذا: لو أبرأ المورث عن بعض البدل.. لم يعتق شيء منه؛ فإذا لم يمكن إثبات المقتضي.. لا يثبت المقتضى، فلا وجه لإبراء البعض.

وكذلك: لإبراء الكل؛ لحق بقية الورثة.

* * *

---

(١) زيادة لا بد منها، من «فتح القدير» (٩/٢١٧).

(كتاب الولاء)

(كتابُ الْوَلَاءِ)

الْوَلَاءُ لِمَن أَعَتَق.

(كِتَابُ الوَلَاءِ)

الولاء يتنوع باختلاف السبب إلى نوعين:

الأول: ولاء عتاقه، ويسمى ولاء نعمة أيضاً.

وسببه: العتق على ملكه.

وقيل: سببه الإعتاق؛ استدلالاً بقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق».

والصحيح: هو الأول؛ لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة.. كان [٥٥١/أ] الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه.

والثاني: ولاء الموالاة.

وسببه: العقد، على ما سيصرح به.

ولهذا يقال: ولاء العتاقة وولاء الموالاة؛ إضافةً للمسبب إلى السبب على ما هو الأصل في الإضافة.

وهو في اللغة: التناصر مطلقاً.

وفي عرف الفقهاء: عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل.

فالمصنف أشار إلى النوع الأول فقال: (**الولاء لمن أعتق**)، هكذا روي مرفوعاً إلى رسول الله؛ يعني: إذا أعتق الرجل مملوكه.. كان الولاء له؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق».

وجه الاستدلال: أن الحكم إذا ترتب على المشتق.. دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم، ولأن العتق يحصل به العقل والميراث: **أما العقل**؛ فلأن المولى ينتصر بمعتقه بسبب العتق، ومن ينتصر بشخص.. يعقله؛ لأن الغنم بالغرم؛ فحيث يغنم بنصره.. يغرم عقله.

وَلَو: بتدبيرٍ، أَوِ استيلادٍ، أَو كِتَابَةٍ، أَو وَصِيَّةٍ، أَو مِلْكِ قريبٍ.

ولغا شَرطُه لغيرِهِ أَو سائبةٍ.

وأما الميراث؛ فلأن المولى أحياه بالإعتاق؛ لإزالة الرق منه؛ لأن الرقيق هالك حكماً؛ حتى لا يثبت في حقه كثير من أحكام الأحياء؛ كالقضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والعيدين.

وبالإعتاق: ثبتت هذه الأحكام في حقه، فكان إحياء، ومن أحيا غيره معنى.. ورثه كالولد، فصار الولاء كالولاد، والولاد يوجب الإرث.. فكذلك الولاء.

فإذا انتصر المولى بالمعتق عقلاً وإرثاً بسبب العتق.. ثبت أن الولاء لمن أعتق؛ لأنه عبارة عندهم عن تناصر يوجب العقل والإرث.

ثم كلمة «مَن» أعمّ من الرجال والإناث؛ لأن المرأة لها ولاء عتاقة لمعتقها، لكن الحربي مخصص عنه؛ فإن الحربي لو أعتق عبده في دار الحرب.. لا ولاء له عليه؛ حتى إذا خرجا إلينا مسلمين.. لا يرثه، خلافاً لأبي يوسف.

بخلاف الذمي؛ فإن له ولاء العتاقة. كذا في «الزيلعي».

(ولو) وصلية (**بتدبير، أو استيلاد، أو كتابة، أو وصية، أو ملك قريب**)؛ يعني: يستوي عند الموت أيضاً.

فإن قيل: كيف يثبت الولاء عند الموت؟

أجيب عنه: بأن المراد: أن ثبوت الولاء:

لعصبة المولى: إنما يكون بسبب ثبوته للمولى؛ فإنه المستحق له أولاً؛ لصدور سبب العتق منه، ثم يسري منه إلى عصبته.

وبالقرابة: بأن ملك قريبه يثبت بها عند الشراء، وسواء كان العتق حاصلاً ابتداء أو بجهة الواجب؛ ككفارة اليمين والفدية.

(**ولغا شرطه**)؛ أي: شرط الولاء (**لغيره**)؛ بأن أعتق عبده وشرط أن ولاه لغيره.

(**أو سائبة**)؛ بأن أعتق عبده وشرط أن لا يرثه، ولا ولاء [٥٥١/ب] عليه.. كان كل

وَمَن أَعتقَ حَامِلاً مِن زوجٍ قِنٍّ فَولدَت لأَقلَّ مِن نصفِ سنةٍ.. فولاءُ الْوَلَدِ لَهُ، لَا ينْتَقِلُ عَنهُ أَبداً.

وَكَذَا: لَو وَلَدَت توأَمَينِ؛ أَحدُهمَا لأَقلَّ مِن نصفِهَا.

وَإِن وَلَدَتْ لأَكْثَرَ مِن ذَلِكَ.. فولاؤهُ لَهُ أَيْضاً.

من الشرطين لغواً؛ لكونه مخالفاً لحكم الشرع.. فلا يرثه غيره ويرثه هو؛ كما في النسب إذا شرط أن لا يرثه.

(ومن أعتق حاملاً من زوج قنّ)؛ يعني: إذا زوج رجل أمته من عبد الغير، وحبلت الأمة من زوجها القن للغير، (فولدت لأقل من نصف سنة) من حين أعتقت (.. فولاء الولد له)؛ أي: للمعتق، وهو مولى الأم.

(لا ينتقل) الولاء (عنه)؛ أي: عن مولى الأم (أبداً)؛ لأنه عتق مولى الأم: كالأم قصداً؛ لأنه جزء الأم، فيقبل الإعتاق قصداً؛ لأن الجنين في حكم العتق: كشخص على حدة؛ حيث يجوز انفراده بالعتق، فلا ينتقل ولاؤه عنه؛ لأن الولاء لمن أعتق نصاً.

(وكذا لو ولدت توأمين أحدهما)؛ أي: ولدت أحد التوأمين (لأقل من نصفها)؛ أي: من نصف السنة.. فالولاء لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً؛ لأنا تيقنا حينئذ أن الأول كان موجوداً وقت العتق، وتيقنا أنهما توأمان حملت بهما جملة؛ لعدم تخلل أقل مدة الحمل بينهما؛ فإذا تناول الإعتاق الأول.. تناول الآخر أيضاً ضرورةً، فصار المولى معتقاً لهما جميعاً، لا ينتقل منه أبداً.

(وإن ولدت لأكثر من ذلك)؛ أي: من نصف سنة (.. فولاؤه)؛ أي: [ولاء الولد][1] (له)؛ أي: لمولى الأم (أيضاً)؛ كما إذا ولدت لأقل من نصف سنة؛ لأنه عتق تبعاً لأمه؛ لاتصاله بها عند عتقها، وقد تعذر جعله تبعاً للأب لرقيته.

---

(١) زيادة من «درر الحكام» (٢/٣٤).

لَكِن؛ إِن أُعتِقَ الْأَبُ جَرّهُ إِلَى موَالِيهِ، ....

(لكن إن أُعتِقَ الأبُ)؛ أعني: عبداً للغير؛ إذا أعتق هو بعد عتق الأم وولادتها لأكثر من نصف سنة (.. جرّه)؛ أي: جرَّ الأب ولاء ولده من موالي الأم (إلى مواليه)؛ أي: موالي الأب؛ لأن الولاء بمنزلة النسب؛ لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

ثم النسب إلى الآباء.. فكذلك لولاء، والنسبة إلى موالي الأم كانت لضرورة عدم أهلية الأب لرقه؛ فإذا صار أهلاً له بزوال المانع.. عاد الولاء إليه؛ كما أن ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة؛ فإذا أكذب الملاعن نفسه.. عاد الانتساب إليه.

اعترض على قولهم: «فإذا صار أهلاً له.. عاد الولاء»: بأنه إذا أعتقت المعتدة عن موت؛ بأن كانت الأمة امرأة مكاتب، فمات المكاتب عن وفاء، أو أعتقت المعتدة عن طلاق، فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق.. حيث يكون الولد لموالي الأم لم ينتقل عنهم أصلاً وإن أعتق الأب الرقيق.

أجيب: بأن العود إليه بعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق أهلية؛ لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت؛ لعدم تصور الوطء، وإلى [٥٥٢/أ] ما بعد الطلاق البائن بحرمة الوطء، وكذلك إلى ما بعد الطلاق الرجعي؛ لأنه لا يصير مراجعاً بالشك؛ لأنه إذا جاءت بالعبد لأقل من سنتين.

احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق.. فلا حاجة إلى إثبات الرجعة؛ لثبوت النسب.

واحتمل: أن لا يكون، فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب.

وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك.. أسند إلى حالة النكاح، فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فيعتق مقصوداً، ومن عتق مقصوداً.. لا ينتقل ولاؤه أبداً، كما في المسألتين المذكورتين في الكتاب من قبل.

وتبين من هذا: أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر.. كان الحكم كذلك بطريق الأولى؛ للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق.

وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين.. فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي.

ففي البائن: مثل ما كان.

وأما في الرجعي: فولاء الولد لموالي الأب؛ لتيقننا بمراجعته، كذا في «العناية».

واعلم: أن المصنف ذكر ههنا جر الولاء، وفرق مواضع الجر عن غيره.

والأصل في ذلك: أن العتق إذا وقع على الولد مقصوداً.. لا ينتقل ولاؤه من المعتق أبداً، وإن وقع تبعاً لأمه، ثم أعتق الأب.. جر ولاء ابنه إلى مواليه.

وعلى هذا: لو أعتق الرجل أمته وولدها.. عتقا معاً وولاؤها له؛ فإن أعتق الأب بعد ذلك.. لا يجر ولاءه؛ لأنه لما كان منفصلاً عن الأم.. كان مملوكاً لمالك الأم، والعتق يتناوله مقصوداً.. فلا يتبع أحداً.

وإذا أعتقت الأم وهي حامل، أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر، أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر، ثم أعتق الأبَ رجلٌ آخر.. فكذلك: لا ينتقل الولاء إلى موالي الأب؛ لأن المولى قصد إعتاق الأم، والعقد إليها بالعتق قصد إلى جميع أجزائها، والحمل جزء منها.

فإن كان الحمل ظاهراً وقت الإعتاق.. فواضح وهي مسألة الكتاب.

وإن ولدت لأقل من ستة أشهر.. حصل اليقين بقيامه فيه.

وكذا: إذا ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر، على ما ذكر في الكتاب وبيناه.

وأما إذا أعتقها، ثم ولدت لأكثر من ستة، ثم أعتق الأب.. جر ولاء ابنه إلى مواليه على ما بيناه، وسيأتي زيادة تفصيل.

وَلَا يرجعُ الْأَوَّلونَ عَلَيْهِم بِمَا عقلوا عَنهُ قبلَ الْجَرّ.

وَلَو تزوَّجَ عجميٌّ ـ لَهُ مولى مُوالَاةٍ أَو لَا ـ مُعتقَةً، ....

وإذا جُر ولاؤه إلى مواليه.. فهل يرجع الأولون عليهم بما عقلوه؟

قالوا: لا يرجعون، وإليه أشار بقوله: (ولا يرجع الأولون)؛ أي: موالي الأم (عليهم)؛ أي: على موالي الأب (بما عقلوا [٥٥٢/ب] عنه)؛ أي: عن الولد (قبل الجر).

بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم، ثم أكذب الملاعن نفسه.. حيث يرجعون على عاقلة الأب.

والفرق: أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الإكذاب؛ إذ لا يتصور أن يكون الإنسان ولد الشخص في وقت، ثم يتحول بعد ذلك إلى غيره فيكون ولداً لغيره، وبالإكذاب: تبين ذلك، وتبين أن عقله كان على موالي الأب، وقد أُجبر قوم على الأداء.. فيرجعون عليهم.

وفي الولاء حين عقل قوم الأم.. كان ثابتاً لهم، وإنما يثبت لقوم الأب مقتصراً على زمان الإعتاق؛ لأن سببه هو العتق مقصور عليه.. فلا يرجعون به. كذا في «الزيلعي».

(ولو تزوج) مسلم (عجمي) لم يعتقه أحد أصلاً، بل هو حر.

قيده بـ«العجمي»؛ لأنه لو كان الأب عربياً.. يكون ولاؤه لقوم أبيه بالاتفاق.

وفسرنا بكونه «حر الأصل»؛ لأن الأبوين لو كانا معتقين.. يكون ولاؤء لقوم أبيه أيضاً بالاتفاق على ما سنبينه.

(له)؛ أي: ذلك الحر العجمي، والمراد بالعجمي هنا: غير العربي كما في باب الكفالة.

(مولى موالاة أو لا)؛ أي: أو لم يكن له مولى موالاة (معتقةً) مفعول «تزوج». أطلق المعتقة، وهو وضع محمد في «الجامع الصغير»، واختاره صاحب «الهداية»

فَولدت مِنْهُ.. فولاءُ الْوَلَدِ لمواليها.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: حكمُهُ حكمُ أَبِيه.

و«الكنز»، ولم يقيِّدها بكونها معتقة العربي كما هو وضع القدوري؛ لما ذكره في «الزيلعي» وغيره: أن وضع المسألة في مطلق المعتقة: هو الصواب، وما ذكره القدوري: اتفاقي لا احترازي.

لأن ولاء العتاقة: قوي معتبر شرعاً.. فلا يختلف بين أن يكون معتق هذه المعتقة من العرب أو من غير العرب، فيجب في الجميع: نسبة أولاد المعتقة إلى المعتق.

فإن لم يكن أبوهم عربياً على ما قالوا، (**فولدت منه.. فولاء الولد لمواليها**)؛ أي: لموالي الأم المعتقة عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: حكمه حكم أبيه**).

صورة المسألة: حر عجمي تزوج معتقة، فولدت منه.. فولاء ولدها لموالي الأم؛ سواء كان للأب ولاء موالاة أو لا، وسواء كانت الأم معتقة العربي أو معتقة العجمي. عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: حكم ولدها: حكم أبيه؛ سواء كان للأب ولاء موالاة أو لا.

ولا يكون لموالي الأم ولاء؛ لأن الولاء كالنسب، والنسب إلى الأب، وإن كانت الأم أشرف؛ لكون الأب أقوى.. فكذا الولاء:

كما إذا تزوج عربي معتقة، فولدت منه.. فولاء ولدها للأب لا لموالي الأم، وكذا إذا كان الأب عجمياً؛ لاستوائهما في الحرية الأصلية.

وكما **إذا تزوج** [٥٥٣/أ] **عجمي بعربية حرة**، فولدت منه.. فولاء ولدها لقوم أبيه لا لموالي لأم، وكذا إذا كانت الأم معتقة.

بخلاف ما إذا كان الأب عبداً.. فإن العبد هالك معنى؛ لكونه رقيقاً، فلا ينسب إليه النسب.

ولهما: أن ولاء العتاقة قوي يعتبر لقوته في حق الأحكام، حتى اعتبرت الكفاءة فيه، والنسب في حق العجم لما كان ضعيفاً؛ لتضييعهم أنسابهم ـ حتى لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب ـ كان وجوده كعدمه كالعبد لضعفه؛ سواء كان له ولاء موالاة أو لم يكن، فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة.

أما إذا لم يكن.. فظاهر.

وأما إذا كان له ولاء موالاة.. فلأن ولاء الموالاة ضعيف أيضاً، حتى يقبل الفسخ، فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة، فصار وجوده كعدمه أيضاً.

وكذا حريته ضعيفة، ألا ترى: أنها تحتمل الإبطال بالاسترقاق.

بخلاف العربي؛ فإن له نسباً معتبراً، وحريته ثابتة، فامتنع نسبة الولد إلى معتق الأم؛ لقوة جانب الأب.

وبخلاف ما إذا تزوج العجمي عربية؛ لأن أولاده منها لو نسبوا إلى قوم أمهم.. لنسبوا إليهم بالنسب، والنسب إلى الأم ضعيف غير معتبر، ولا عصوبة بينهم.

وأما أولاد المعتقة.. فينسبون إلى قوم أمهم بالعصبة لا بالنسب، فيجوز.

ثم ثمرة هذا الاختلاف: تظهر فيما إذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوي الأرحام ومعتق الأم أو عصبة معتقها.. كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما.

وعند أبي يوسف: يكون لذوي الأرحام؛ لأن حكمه حكم أبيه عنده.. فلا يكون عليه ولاء؛ كما إذا كان الأب عربياً.

واعلم: أنهم اختلفوا في أنه: هل يشترط في ثبوت الولاء على الولد أن لا تكون الأم حرة أصلية، أو لا يشترط؟

فمنهم من ذهب إلى الأول، ومنهم من ذهب إلى الثاني.

والأكثر: على الأول؛ منهم صاحب «البدائع» وصاحب «الدرر».

وأكثر مشايخ الإسلام حتى المولى أبو السعود: أفتى أولاً بعدم الاشتراط، ثم رجع وأفتى بالاشتراط، واستقر عليه رأيه، وبيانه يحتاج تمهيد مقدمة.

فاعلم أولاً: أن لفظ «حر الأصل»: يستعمل عند الفقهاء على معنيين:

أحدهما: من لم يجر على نفسه رق، بل تولد من معتقة.

والثاني: من لا يكون في أصله رقيق أصلاً.

وثانياً: أن الولاء على ما صرح به في «الهداية» وغيرها: مبني على زوال الملك، ولهذا لا تقبل الشهادة بالتسامع في الولاء، كما لا تقبل في العتق، وزواله فرع [٥٥٣/ب] ثبوته، وثبوته على الولد: يكون من قبل الأم؛ لما تقرر: أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ولا يسري ملك الأب إلى الولد.. فلا يكون زواله عن الولد إلا من قبل معتق الأم؛ فإذا لم يكن في جانب الأم رق.. لا يتصور على الولد ولاء.

وثالثاً: أن اللفظ إذا كان قطعياً في معنى.. وجب أن يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره.

ورابعاً: أن المطلق يحمل على المقيد في الروايات.

إذا عرفت هذه المقدمات.. **فاعلم**: أن صاحب «البدائع» ذكر: أن من شرط ثبوت الولاء على الولد: أن لا تكون الأم حرة أصلية؛ فإن كانت حرة أصلية.. فلا ولاء لأحد على ولدها وإن كان الأب معتقاً؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ولا ولاء لأحد على أمه، فكذا على ولدها، وهذا لأنه أراد بالحرية الأصلية: المعنى الثاني الذي ذكرناه؛ بقرينة قوله: «ولا ولاء لأحد على أمه».

وقد عرفت: أن الولاء مبني على زوال الملك، وزوال الملك بالواسطة: لا يكون إلا من قبل الأم؛ فإذا كانت الأمة حرة الأصل بهذا المعنى.. لم يثبت على الولد ملك، فلا يثبت عليه ولاء.

هذا، وقال في «المنية»: وإن عتق حر الأصل بأن كانت أمه حرة أصلية أو عارضية.. يجوز أن يثبت عليه ولاء؛ إما لقوم الأب، أو لقوم الأم.

ثم قال: إن كان الأب حر الأصل.. لا ولاء لقوم الأب، وكذا: إذا كانت الأم حرة الأصل.. لا ولاء لقوم الأم؛ لأن حر الأصل لم يجر عليه عتق. وهكذا ذكره في «الدرر».

ثم قال: فالمتبادر من ظاهر كلامه: أن الأم إذا كانت حرة الأصل مطلقاً.. جاز أن يثبت على ولدها الولاء. وليس كذلك، بل مراده بالحرية الأصلية ههنا: الحرية الأصلية بالمعنى الأول؛ أعني: لا يكون في أصله رقيق أصلاً، بقرينة: أنه جعل الولد المتولد من حرة عارضية ـ وهي المعتقة ـ حر الأصل، ثم جعل الحرية الأصلية مقابلة المعارضية.. فلا مخالفة بينه وبين ما سبق من «البدائع».

فصورة كون الولاء لقوم الأب: ما إذا لم يكن في نسب الأب رقيق، والولد ولد من معتقة أو ممن ولدت من معتقة؛ فإن ولاء الولد في الأول: لقوم الأب اتفاقاً، وفي الثاني: لقوم الأم عند أبي حنيفة ومحمد.

والحاصل: أن الأبوين إذا كانا حرين أصليين بالمعنى الثاني.. فلا ولاء على الولد أصلاً.

وإذا كانا معتقين، وفي أصلهما معتق [٥٥٤/أ].. فالولاء لقوم الأب.

وإذا كان الأب معتقاً أو في أصله معتق، والأم حرة الأصل بالمعنى الثاني؛ سواء كانت عربية أو عجمية.. فلا ولاء على الولد لقوم الأم.

وإن كان غير عربي.. فعند أبي حنيفة ومحمد: يكون لقوم الأم عليه ولاء، خلافاً لأبي يوسف.

قال في «حاشية الدرر» نقلاً عن «شرح الوجيز»: ولد: أمه حرة أصلية، وأبوه رقيق.. لا ولاء عليه ما دام الأب رقيقاً؛ فإن أعتق.. فهل يثبت الولاء عليه لمولى الأب؟

وَالْمُعتِقُ مقدَّمٌ على ذَوي الْأَرْحَامِ، مُؤَخَّرٌ عَنِ الْعصبَةِ النسبيَّةِ.

فَإِن مَاتَ السَّيِّدُ ثُمَّ الْمُعْتَقُ.. فإرثُهُ لأَقْرَبِ عصبَةِ سَيِّدِهِ.

فَيكونُ لِابْنِهِ دونَ أَبِيهِ لَوِ اجْتمعَا.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لِأَبِيهِ السُّدُسُ وَالْبَاقِي لِلِابْنِ.

يحكى فيه قولان. انتهى.

ثم ذكر مثله عن «معراج الدراية» أيضاً، ولعل مبنى الروايتين: على اشتراط عدم كون الأم حرة أصلية، وعدم اشتراطه:

فمن لم يشترط.. يثبت الولاء.

ومن شرط.. لا يثبته.

(والمعتِق) ـ اسم فاعل ـ **(مقدم على ذوي الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية)**، وهي: كل من يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض من التركة، وعند الانفراد: يأخذ التركة كلها؛ كالابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد والعم لأبوين أو لأب وابن العم كذلك.

وذوو الأرحام: كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، على ما بين في الفرائض.

وقد بين فيه أيضاً: أن المعتق آخر العصبات: مؤخر عن العصبة النسبية، مقدم على ذوي الأرحام.

(فإن مات السيد، ثم المعتَق) ـ اسم مفعول ـ ولا وارث له **(.. فإرثه لأقرب عصبة سيده فيكون)** الإرث **(لابنه)**؛ أي: ابن السيد **(دون أبيه لو اجتمعا)**؛ أي: ابن سيده وأبيه، وهذا: لأن الابن مقدم على الأب على ما بين في الفرائض. هذا وعند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: لأبيه السدس، والباقي للابن).

قلنا: استحقاق الأب السدس مع الابن: بالفرضية لا بالعصبة، والأب ههنا: عصبة لا صاحب فرض، فيقدم أقرب العصبات وهو الابن.

وَعندَ اسْتِوَاءِ الْقُرْبِ: تستوي الْقِسْمَةُ.

وَلَيْسَ للنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعتقنَ، أَو كاتبنَ، أَو كَاتبَ مَن كاتبْنَ... الحَدِيث.

ولو أعتقت امرأة عبداً لها، ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها، ثم مات العبد، ولا وارث له غيرهما.. فالميراث لابنها دون أخيها بالاتفاق؛ لأن الابن أقرب في العصوبة، ولا فرضية للأخ، إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها؛ لأنه من قوم أبيها، وجنايتها على قوم أبيها، [وكذلك] جناية معتقها، وابنها ليس من قوم أبيها.

(**وعند استواء القرب. تستوي القسمة**)، حتى لو مات السيد وترك ابنين، ثم مات المعتق بلا وارث.. يستوي الابنان في القسمة؛ لاستوائهما في القرب.

(**وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن**) [٥٥٤/ب] أو أعتق من أعتقن (**أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن.. الحديث**)؛ أي: تمام الحديث، أو دبَّرن أو دبَّر من دبَّرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهنّ هذا الحديث، وإن كان فيه شذوذ من حيث المتن؛ حيث لم يوجد في الصحاح والحسان بهذا المتن، لكنه تأكد بما روي عن كبار الصحابة بمثله، فصار بمنزلة المشهور، فيحتج به.

والكلام فيه من وجهين :

• **الأول**: في إعرابه، فقوله: «إلا ما أعتقن» مستثنى من متعدد، و«ما» موصولة، وضمير الصلة محذوف؛ أي: ليس للنساء شيء من الولاء: إلا ولاء ما أعتقت، أو ولاء من أعتق من أعتقته، أو ولاء ما كاتبته أو ولاء ما كاتبه من كاتبته، أو ولاء ما دبرته، أو ولاء ما دبره من دبرته.

وقوله: «أو جر»: يحتاج إلى أن تقدر معه «أن» حتى يصير مؤولاً بالمصدر؛ أي: ليس لهن شيء من الولاء إلا ولاء ما ذكر، أو أن جر ولاء معتقهن.

حاصل المعنى: ليس لهن شيء من الولاء إلا ولاء معتقهن أو ولاء معتق معتقهن... إلى آخره، أو الولاء الذي جره معتقهن.

اعترض عليه: بأن «ما» لغير العقلاء، والمعتق من العقلاء.

أجيب عنه بوجهين:

الأول: بأن «ما» عبارة عن المرقوق الذي يتعلق به الإعتاق، والرق في المرقوق: بمنزلة الموت، فيكون المرقوق بمنزلة الميت الجماد، فاستعمل فيه كلمة «ما».

والثاني: أن «ما» مجاز عن كلمة «من».

- **الكلام الثاني في صور مسائل:** فصورة ولاء معتقهن ومكاتبهن: ظاهرة، وأما صورة ولاء معتق معتقهن: فهي أن المرأة إذا أعتقت عبداً، فاشترى ذلك العبد عبداً آخر وأعتقه، ثم مات المعتق الثاني، وليس له عصبة نسبية، وقد مات قبله العبد الأول وعصبته.. فميراثه لتلك المرأة بالعصوبة من جهة الولاء ، وكذلك الحكم في مكاتب مكاتبهن.

وصورة ولاء مدبرهن: أن دبرت امرأة عبداً، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب، وحكم القاضي بلحاقها وعتق عبدها المدبر، ثم أسلمت ورجعت إلى دار الإسلام، ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية.. فولاؤه لها.

وصورة مدبر مدبرهن: أنها دبرت، فلحقت بدار الحرب، فقضى به وبعتق مدبرها، فاشترى عبداً ودبره، ثم مات، ورجعت المرأة ثانية إلى دار الإسلام؛ إما قبل موت مدبرها أو بعد موته، ثم مات المدبر الثاني ولم يخلف عصبة نسبية.. فولاؤه لها.

وصورة جّر ولاء المعتق: أن عبد امرأة [٥٥٥/أ] تزوج بمعتقة الغير بإذنها، فولد بينهما ولد هو حر تبعاً لأمه.. فولاؤه لأمه؛ فإذا أعتقت تلك المرأة عبدها.. جر ذلك ولاء ولده إلى نفسه أوّلاً، ثم إلى مولاته؛ حتى إذا مات المعتق، ثم مات ولده وخلف معتقة أبيه.. فولاؤه لها.

وصورة الجر ولاء معتق معتقهن: أن امرأة أعتقت عبداً، فاشترى العبد المعتق عبداً، وزوجها بمعتقة الغير، فولد بينهما ولد هو حر تبعاً لأمه.. فولاؤه لموالي أمه؛ فإذا أعتق ذلك العبد المعتق عبده.. جرّ ولاء ولد معتقه من موالي الأم إلى نفسه، ثم إلى مولاته.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَاء الْمُوَالَاةِ سَبَبُهُ العقدُ.

(فَصْلٌ)

فِي وَلَاءِ المُوَالَاةِ

أخره عن ولاء العتاقة؛ لأن ولاء العتاقة مقدم عليه رتبة لقوته؛ لكونه غير قابل للتحول، فقدمه وضعاً؛ ليوافق الوضعُ الطبعَ.

(ولاء الموالاة: سببه العقد)؛ بأن يسلم رجل على يد رجل ويقول له: واليتك على أني إن مت فميراثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك، وقبل الآخر منه.. صح العقد بعد وجود شرائطه التي نذكرها، وهي خمسة:

أحدها: أن يكون ذلك الرجل مجهول النسب؛ بأن لا ينتسب إلى غيره، وإلا.. لا يصح أن يوالي غيره، وأما نسبة غيره إليه.. فغير مانع.

والثانية: أن لا يكون له ولاء عتاقة وولاء موالاة مع أحد، وقد عقل عنه.

والثالثة: أن لا يكون عربياً؛ لأن تناصر العرب بالقبائل، فأغنى عن الموالاة.

والرابعة: أن يكون حراً عاقلاً بالغاً؛ لأن عقد الموالاة تصرف دائر بين النفع والضر؛ لأن فيه إيجاب الإرث وإلزام العقل.. فلا يصح عن العبد إلا بإذن سيده، ولا عن المجنون وهو ظاهر، ولا عن الصبي أيضاً ولو عاقلاً إلا بإذن أبيه أو وصيه.

والخامس: أن يشترط الميراث والعقل؛ لأن هذا العقد يقع على ذلك، فلا بد من ذكره في العقد.

وأما كونه المسلم على يد الأعلى.. فليس بشرط في صحة العقد، وإنما وقع ذلك في عبارة المصنف وغيره من الفقهاء اتفاقاً؛ إخراجاً له مخرج الغالب.

وحكمه: أن يثبت به الإرث إذا مات، وأن يعقل عنه إذا جنى، ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد العقد.

فَلَو أسلمَ عجميٌّ على يَدِ رجلٍ ووالاهُ على أَنَّهُ يَرِثُهُ وَيعْقلُ عَنهُ، أَو والى غيرَ مَن أسلمَ على يَدِهِ.. صَحَّ إِن لم يكن معتَقاً، وعقلُهُ عَلَيْهِ، وَإِرثُهُ لَهُ إِن لم يكُنْ لَهُ وَارِثٌ، وَهُوَ مُؤَخَّرٌ عَن ذَوي الْأَرْحَامِ.

(فلو أسلم)، هذا ليس بشرط في هذا العقد، بل خرج مخرج الغالب، وقد ذكرناه من قبل.

(عجمي)؛ أي: حر أصلي مكلف، وهذا من شروطه كما ذكرناه.

(على يد رجل، ووالاه)؛ بأن قال: واليتك على أن ترثني إن مت، وتعقل عني إن جنيت [٥٥٥/ب].

ولا بد من ذكر هذا كما عرفت من قبل، وإليه أشار بقوله: (على أن يرثه) إن مات، (ويعقل عنه) إن جنى.

(أو والى)، عطف على قوله «ووالاه»؛ أي: أسلم أعجمي على يد رجل ووالى (غير من أسلم على يده.. صح) عقد الموالاة.

وقال الشافعي ومالك: لا يصح هذا العقد.

ووجههما والجواب عنه: ذكر في المفصلات.

(إن لم يكن معتَقَاً) اسم مفعول؛ لأنه لو كان معتقِاً لإنسان.. لم يصح عقد موالاته؛ لأن ولاء العتاقة قوي، فلا يقدر على إبطاله بعقد الموالاة، وهذا من إحدى شروطه أيضاً على ما ذكرناه.

(وعقله) هذا شروع في بيان حكمه؛ أي: عقل جنايته (عليه)؛ أي: على من والاه.

(وإرثه له)؛ أي: لمن والاه (إن لم يكن له)؛ أي: للذي والى غيره (وارث).

فإنه لو كان له وارث.. فالوارث أولى منه.

وإن كان من ذوي الأرحام.. فإنه مؤخر عن ذوي الأرحام، على ما أشار إليه بقوله: (وهو)؛ أي: القابل لمولى الموالاة (مؤخر عن ذوي الأرحام)؛ فإذا كان مؤخراً.. فلا يرثه عنه.

وَمَا لم يَعقِلْ عَنهُ.. فَلهُ أَن: يفسَخَهُ قولاً بِحَضْرَتِهِ، ....

واعترض عليه: بأنه ينبغي أن يكون الثلث لمولى الموالاة؛ كما لو أوصى بكل ماله لرجل آخر وله وارث معروف.. فإن ثلثه لذلك الرجل.

وأجيب: بأنه جعله بعقد الولاء وارثاً عنه، وفي سبب الوراثة: ذو القرابة. أرجح:

لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعاً وإن اختلفوا في كونها سبباً للإرث.

وعقد الولاء: مختلف في ثبوته شرعاً؛ فإن الشافعي ومالكاً: أنكراه.

ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي.. فلا يظهر استحقاق المولى معه لهذا السبب في شيء من المال.

بخلاف الوصية بالثلث.. فإنها خلافة في المال مقصوداً، فلا يمكن جعل الثلث بطريق الوصية؛ لأنه ما أوجب له ذلك مقصوداً، ولا بطريق الإذن؛ لترجح استحقاق القريب عليه.

(**وما لم يعقل عنه.. فله**)؛ أي: للمولى الأسفل ـ أعني: من والى غيره ـ (**أن يفسخه قولاً بحضرته**)؛ أي: بحضرة الأعلى؛ لأنه عقد غير لازم كالوكالة والوصية؛ لأن الأعلى: متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته، والأسفل: متبرع بجعله خليفته في ماله، والتبرع غير لازم ما لم يحصل به القبض والعوض؛ كما في الهبة، فهذا غير لازم ما لم يعقل عنه شيئاً؛ فإذا كان غير لازم.. فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بمحضر صاحبه لا في غيبته؛ لأن العقد قد تم بهما معاً؛ كما في الشركة والوكالة والمضاربة.. فلا بد في فسخه من حضورهما، كيف لا!! والفسخ في غيبة [٥٥٦/أ] الآخر لا يعرى عن ضرر؟!

لأنه ربما يموت الأسفل، فيأخذ الأعلى ماله ميراثاً له، وقد كان فسخه الأسفل ولم يعلمه الأعلى، فيكون ما أخذه ميراثاً مضموناً عليه، فيتضرر به الأعلى.

وفعلاً مَعَ غيبتِهِ، بِأَن ينْتَقلَ عَنهُ إِلَى غَيرِهِ.

وَبعد أَن عقلَ عَنهُ، أَو عَن وَلَدِهِ.. لَا يفسخُهُ هُوَ وَلَا وَلَدُهُ.

وللأَعلى أَيْضاً أَن يبرأَ عَن ولائِهِ بمحضرِهِ.

وَلَو أسلمتِ امْرَأَةٌ ووالت، أَو أَقَرَّتْ بِالْوَلَاءِ فَولدت مَجْهُولَ النَّسَبِ، ...

أو يعتق الأسفل عبداً على ظن أن عقل عبده على المولى الأعلى، فيجب عليه وحده، فيتضرر به الأسفل.

فلا يصح الفسخ قولاً إلا بمحضر الآخر؛ دفعاً للضرر، كما في الوكالة.

بخلاف ما إذا فسخه ضمناً لا قصداً، وإليه أشار بقوله:

(**وفعلاً مع غيبته**)؛ أي: يفسخه فعلاً مع غيبة الآخر، وذلك (**بأن ينتقل**) المولى الأسفل بالولاء (**عنه**)؛ أي: عن المولى الأعلى (**إلى غيره**)؛ أي: إلى غير المولى الأعلى.

وذلك بأن يوالي غير الأول.. فإنه حينئذ ينفسخ العقد الأول في ضمن العقد مع الثاني بلا فسخ منه؛ لأنه فسخ حكمي لا قصدي.. فلا يشترط فيه حضور الآخر كما اشترط في الفسخ بالقول؛ لأنه فسخ قصدي لا بد له من علم الآخر.

(**وبعد أن**) ـ مصدرية ـ (**عقل**) المولى الأعلى (**عنه**)؛ أي: جناية الأسفل، (**أو عن**) جناية (**ولده.. لا يفسخه هو**)؛ أي: الأسفل، (**ولا ولده**) يحتمل صوراً أربع. تأمل.

وهذا: لأنه إذا عقل عنه أو عن ولده.. تأكد العقد بتعلق حق الغير به واتصال القضاء به، فلا يفسخ، ولأنه لما عقل عنه.. صار كالعوض المقبوض؛ كما في الهبة.. فلا يفسخ.

(**وللأعلى أيضاً**)؛ أي: كالأسفل (**أن يبرأ عن ولائه بمحضره**)؛ أي: بمحضر الأسفل؛ لعدم لزوم تضرر الأسفل به كما تقدم آنفاً.

(**ولو أسلمت**) ـ هذا القيد أخرج مخرج الغالب، وليس بشرط على ما ذكرناه من قبل ـ (**امرأة ووالت**) رجلاً؛ أي: عقدت عقد الموالاة معه بشروطه المتقدمة، (**أو أقرت بالولاء**)؛ أي: ولاء الموالاة، (**فولدت**) ـ في الصورتين ـ (**مجهول النسب**)؛ أي:

أَو كَانَ مَعهَا ولدٌ صَغِيرٌ كَذَلِكَ.. تبعَها فِيهِ.

خلافاً لَهما.

لا يعرف له أب (أو كان معها)؛ أي: في الصورتين (ولد صغير كذلك)؛ أي: لا يعرف له أب (.. تبعها فيه)؛ أي: صح عقدها بالموالاة.

وكذلك إقرارها بها وتبعها ولدها المولود وولدها الصغير، ويصيران موالي فلان، وهذا عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ حيث قالا: يتبعها ولدها في الصورتين؛ لأن الأم لا ولاية لها على ماله.. فعلى نفسه: أولى.

ولأبي حنيفة: أن الولاء كالنسب، وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يكن له أب، فتملكه الأم كقبول الهبة للصغير.

قال في «الدرر» نقلاً عن «المحيط»: والى ذمي مسلماً أو ذمياً.. جاز، وهو مولاه؛ لأنه يجوز أن يكون للذمي على المسلم ولاء العتاقة.. فكذلك [٥٥٦/ب] ولاء الموالاة.

وإن أسلم على يدي حربي ووالاه.. هل يصح؟

لم يذكره في الكتاب، وفيه خلاف:

قيل: يصح؛ لأنه يجوز أن يكون للحربي ولاء العتاقة على المسلم، فكذا ولاء الموالاة كما في الذمي.

وقيل: لا يصح؛ لأن في عقد الموالاة مع الحربي تناصر الحربي وموالاته، وقد نُهِيْنَا عنه، بخلاف الذمي.

واستشكل عليه: بأن الإرث لازم للولاء، وقد تقرر: أن اختلاف الدينين مانع من الإرث كاختلاف الدارين، اللهم إلا أن يقال: معناه: أن سبب الإرث ثبت في ذلك الوقت، ولكن لا يظهر الإرث ما داما على حالهما؛ فإذا زال المانع.. يعود

الممنوع؛ كما أن العصبة أو صاحب الفرض مانع من الإرث؛ فإذا زال قبل الموت.. يعود الممنوع.

قلت: هذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص معروف.

* * *

(كتاب الإكراه)

(كتابُ الْإِكْرَاهِ)

هُوَ فعلٌ يوقِعُهُ الْإِنْسَانُ بِغَيْرِهِ يفوتُ بِهِ رِضَاهُ، أَو يُفْسِدُ اخْتِيَارَهُ...........

(كِتَابُ الإِكْرَاهِ)

(هو) **في اللغة:** عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه، يقال: أكرهت فلاناً؛ أي: حملته على أمر يكرهه.

وفي الاصطلاح: ما ذكره بقوله: (**فعل يوقعه الإنسان بغيره**) متعلق بـ«يوقعه» (**يَفُوت**) صفة «فعل» وهو من الثلاثي (به)؛ أي: بذلك الفعل (رضاه)؛ أي: رضا الغير (**أو يفسد اختياره**).

اعلم: أن الإكراه على نوعين: ملجئ، وغير ملجئ.

فالملجئ: هو الكامل، وهو: أن يكرهه بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه؛ فإنه يعدم الرضاء، ويوجب الإلجاء، ويفسد الاختيار.

وغير الملجئ: قاصر، وهو: أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه، ولا على تلف عضو من أعضائه؛ كالإكراه بالضرب الشديد أو الحبس؛ فإنه يعدم الرضاء، ولا يوجب الإلجاء، ولا يفسد الاختيار.

والنوع الثاني: لا يؤثر إلا في تصرف محتاج فيه إلى الرضاء؛ كما في البيع والإجارة والإقرار.

ألا ترى: أن الهزل يؤثر في هذه التصرفات؛ لعدم الرضاء؛ حتى لا ينفذ معه، فكذا مع الإكراه؛ لعدم الرضاء به أيضاً.

والنوع الأول: يؤثر في الكل، فيضاف فعله إلى المكرِه؛ كأنه فعله بنفسه، والمكرَه: إنما هو آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له؛ كإتلاف النفس والمال.

وإن لم يصلح أن يكون آلة له.. اقتصر الفعل على المكرَه، ولا يتجاوز إلى المكرِه؛ لعدم كونه آلة له، فيكون هو كأنه فعله بنفسه باختياره من غير إكراه أحد،

مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ.

وَشَرطُهُ: قدرةُ الْمُكْرِهِ على إِيقَاعِ مَا هَدَّدَ بِهِ؛ سُلْطَاناً كَانَ أَو لِصًّاً.

وذلك مثل: الأقوال والأكل والشرب؛ فإن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره، ولا يأكل ولا يشرب بفم غيره.. فلا يكون مضافاً إلى غير المتكلم والآكل والشارب.

ولكنه [٥٥٧/أ] إذا كان فيه إتلاف شيء.. فيضاف إليه من حيث الإتلاف؛ لصلاحيته آلة له في الإتلاف.

وإن لم يصلح آلة له في التلفظ والأكل والشرب.. فيرجع المكرِه على المكرَه بقيمة التلف؛ كما إذا أكره على العتق وتكلم بكلمة العتق.. يقع العتق كأنه أوقعه باختياره؛ حتى يكون الولاء له، ويضاف إلى المكرِه من حيث الإتلاف، فيرجع عليه بقيمته. هكذا ذكر في كتب الأصول والفروع.

فظهر منه: أن عدم الرضاء معتبر في جميع صور الإكراه، وأصل الاختيار ثابت في جميع صوره، لكن في بعض الصور: يفسد الاختيار، وفي بعضها: لا يفسد.

فعلم منه: أن قول المصنف: «يفوت به رضاه أو يفسد اختياره»: ليس على ما ينبغي.

وهكذا وقع في «الهداية» و«الوقاية» أيضاً؛ لأنه من قبيل جعل قسم الشيء قسيماً له؛ لأن ما يعدم الرضاء على قسمين:

قسم يفسد اختياره ولا يعدمه، وقسم لا يفسد.

(**مع بقاء أهليته**)، فيه إشارة: إلى أن المكره لم يسقط عنه الخطاب؛ لأن الخطاب بالأهلية.

وإذا كانت الأهلية ثابتة.. كان المكره مخاطباً، وإنما بقيت الأهلية؛ لأن المكره مبتلى، والابتلاء لا ينافي الأهلية والخطاب الثابتين، بل يحققهما.

(**وشرطه**)؛ أي: شرط الإكراه: أربعة أمور:

● **الأول**: (قدرة المكرِه) ـ على صيغة اسم الفاعل ـ (**على إيقاع ما هدد به؛ سلطاناً كان أو لصاً**)، لم يفرق بين حصوله من السلطان واللص كما هو مذهب أبي

يوسف ومحمد؛ لأن تحقق الكرَه يتوقف على خوف المكره وقوع ما توعد به، ولا يخاف ذلك إلا إذا كان المكرِه قادراً على ذلك، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة عليه: سيان.

والذي قاله أبو حنيفة: من أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان.. فقد قالوا :إن هذا: اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان؛ لأن مناط الحكم: القدرة على إيقاع ما هدد به، ولم تكن تلك القدرة في زمن أبي حنيفة إلا للسلطان.

ثم بعد ذلك: تغير أهل الزمان في زمانهما، فقد تحققت تلك القدرة في كل من المتغلبة، فقالا: يتحقق الإكراه من السلطان وغيره، وعليه الفتوى.كما في «قاضي خان» و«الخلاصة».

ومجرد الأمر من السلطان.. هل يكون إكراهاً؟

ففي «قاضي خان»: إن مجرد الأمر من السلطان من غير تهديد يكون إكراهاً.

وعندهما: إن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما أمره به يفعل به ما يفعل السلطان.. كان أمره إكراهاً.

قال في الثاني والثلاثين [٥٥٧/ب] من «العمادية» نقلاً عن «الذخيرة»: رجل ادعى على رجل أنه أمر فلاناً فأخذ منه كذا من المال؛ فإن كان المدعى عليه الآمر سلطاناً.. فالدعوى عليه مسموعة، وإن كان غير سلطان.. فلا؛ لأن أمر السلطان إكراه؛ لأن المأمور يعلم أنه لو لم يمتثل أمره.. يعاقب، وهذه عادة السلطان.

ولو هدده السلطان بالعقوبة على أن يأخذ مال الغير أو يتلفه، ففعل.. كان الضمان على السلطان دون المأمور، فكذا إذا أمره بذلك ولم يهدده.

وإذا كان الضمان على السلطان.. كانت الدعوى عليه صحيحة.

وأما أمر غير السلطان.. فليس بإكراه:

وَخَوفُ الْمُكْرَهِ وُقُوعَ ذَلِكَ.

وَكَونُهُ مُمْتَنِعاً قبلَهُ عَن فعلِ مَا أُكرِهَ عَلَيْهِ، لحقِّه، أَو لحقِّ آخرَ، أَو لحقِّ الشَّرْعِ.

وَكَونُ الْمُكْرَهِ بِهِ متلِفاً نفساً أَو عضواً أَو مُوجِباً عَمَّا يعْدِمُ الرِّضى.

لأنه لا يعاقب المأمور لو لم يمتثله.. فكان مجرداً، وإنه لم يصح، فخرج الآمر، وبقي الفعل مقصوراً على المأمور.. فكان الضمان عليه.

قال: وإن ادعى الضمان على المأمور؛ بأن ادعى على رجل أن فلاناً أمرك فأخذت من مالي كذا وكذا؛ فإن كان الآمر ذا سلطان.. فالدعوى على المأمور لا تصح، وإن لم يكن ذا سلطان.. فدعوى الضمان عليه صحيح؛ لما قلنا. انتهى.

- **والشرط الثاني:** ما ذكره بقوله: (**وخوف المكرَه**) ـ على صيغة اسم مفعول ـ (**وقوع ذلك**) الفعل، وذلك بأن غلب على ظنه أنه يفعله.

- **والشرط الثالث** قوله: (**وكونه**)؛ أي: للمكرَه ـ اسم مفعول ـ (**ممتنعاً قبله**)؛ أي: قبل الإكراه (**عن فعل ما أكره عليه لحقه**) اللام متعلقة بـ«ممتنعاً»؛ كالإكراه ببيع ماله أو إتلافه أو إعتاق عبده.

(**أو لحق**) شخص (**آخر**)؛ كإتلاف مال الغير.

(**أو لحق الشرع**)؛ كشرب الخمر والزنا ونحوهما.

- وأشار إلى **الشرط الرابع** بقوله: (**وكون المكره به متلفاً نفساً أو عضواً**) كالقتل والقطع (**أو موجباً عمًّا**) ـ بالمعجمة ـ (**يعدم**)، من الإعدام (**الرضى**)؛ كالضرب الشديد والحبس المديد.

فإذا وجد الإكراه من أهله في محله مجتمعاً بهذه الشرائط الأربعة.. فتصرف المكره نوعان:

أحدهما: لا يصح تصرفه.

والثاني: يصح.

فَلَو أُكرِهَ على بيعٍ، أَو شِرَاءٍ، أَو إِجَارَةٍ، أَو إِقْرَارٍ، بقتلٍ أَو ضَرْبٍ شَدِيدٍ، أَو حبسٍ مديدٍ.. خُيِّرَ بَينَ الْفَسْخِ والإمضاءِ.

ويملِكُهُ المُشْتَرِي ملكاً فَاسِداً إِن قَبَضَهُ.

فَلَو أَعتَقَ.. صَحَّ إِعْتَاقُهُ وَلَزِمَهُ: قِيمَتُهُ، ....

فذكر النوع الأول أوّلاً مع بعض ما يتعلق به، ثم ذكر النوع الثاني بقوله: «وإن أكره على طلاق أو عتاق...» إلى آخره.

فالنوع الأول وهو ما أشار إليه بقوله: (فلو أكره على بيع أو شراء أو إجارة أو إقرار)؛ أي: لآخر بألف درهم مثلاً (بقتل) متعلق بـ«أكره».

ولم يذكر القطع: لأنه في حكم القتل.

(أو ضرب شديد أو حبس مديد.. خيرّ) المكره (بين الفسخ والإمضاء)؛ لأن الإكراه يعدم الرضاء، والرضاء: شرط في هذه التصرفات.. فلا يصح بدونه؛ فإذا لم يصح.. كان مخيراً بين الفسخ والإمضاء بالإجازة.

ولأن الإقرار [٥٥٨/أ] إنما صار حجة في غير الإكراه: لترجح جانب الصدق، وعند عدم الرضاء بالإكراه:

يترجح جانب الكذب؛ لدفع المضرة.. فلا يكون حجة.

(ويملكه المشتري ملكاً فاسداً إن قبضه)، كما في سائر البيوع الفاسدة؛ فإن المشتري يملك المبيع في البيوع الفاسدة بالقبض ملكاً فاسداً؛ كما تقدم في البيع.

وفيه خلاف زفر.

وكذا يملكه المشتري لو تصرف فيه تصرفاً لا يحتمل النقض قبل القبض؛ كالإعتاق، وإليه أشار بقوله: (فلو أعتق)؛ أي: لو أعتق المشتري العبدَ الذي اشتراه بالكره (.. صح إعتاقه)؛ لعدم احتماله النقض، (ولزمه قيمته)؛ سواء أجاز البائع أو لم يجز؛ لأن إجازته بعد إعتاق المشتري.. لا تصح، على ما في «قاضي خان»، فلزمه قيمته في الصورتين.

وَقبضُ الثَّمنِ، أَو تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ طَوْعاً إِجارةً، لَا فعلُهمَا كرهاً، وَلَا دفعُ الْهِبَةِ طَوْعاً بَعْدَمَا أُكرِهَ عَلَيْهَا.

ثم قال في «قاضي خان»: ولو أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن، والبائع غير مكره، فلما اشترى المكره العبد وقبضه أعتقه أو دبره، أو كان المبيع أمة فوطئها أو قبلها بشهوة.. كان إجازة للشراء.

ولو أن المشتري اشترى ولم يقبض حتى أعتقه البائع.. نفذ عتقه وبطل البيع.

وإن أعتقه المشتري قبل القبض.. نفذ إعتاقه استحساناً.

ولو أعتقاه معاً قبل القبض.. فإعتاق البائع أولى.

ولو كان البائع مكرهاً، والمشتري غير مكره.. لا يصح إعتاق المشتري قبل القبض، ويصح بعد القبض.

وإن أجاز البائع بعد إعتاق المشتري.. نفذ البيع، ولا ينفذ العتق قبل القبض. انتهى.

وإنما لزمه قيمته؛ لإتلافه ما ملكه بالعقد الفاسد؛ كما هو حكم المتلف بالعقد الفاسد.

(وقبض الثمن أو تسليم المبيع طوعاً)، قيد لكل من القبض والتسليم **(إجازة)** البيع **(لا فعلهما)**؛ أي: قبض الثمن وتسليم المبيع **(كرهاً)**.

لو باع مكرهاً، وقبض الثمن من المشتري طوعاً، أو سلم المبيع إلى المشتري طوعاً.. كان كل من قبض الثمن وتسليم المبيع طوعاً: إجازة للبيع، فينفذ.

بخلاف ما إذا قبض الثمن كرهاً، أو سلم المبيع كرهاً بعد أن باع كرهاً.. فإنه ليس بإجازة للبيع، بل يكون فاسداً ويتملكه المشتري ملكاً فاسداً بعد القبض لا قبله. كما ذكر.

(ولا دفع الهبة طوعاً بعدما أكره عليها)؛ يعني: لو أكره على الهبة، فوهبه مكرهاً وسلمه طوعاً.. تكون الهبة باطلة، وليس تسليمه طوعاً إجازة.

وإِن هلكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ مشترٍ غيرَ مكرَهٍ.. لزمَهُ قِيمَتُهُ، وَلِلْبَائِعِ المُكْرَه تضمينُ أَيِّ شَاءَ مِنَ المكرِهِ وَالْمُشْتَرِي.

فَإِن ضمَّنَ الْمُكْرِهَ.. رَجَعَ على المُشْتَرِي بِقِيمَتِهِ.

وَإِن ضمّنَ المُشْتَرِيَ بَعْدَمَا تداولَتْهُ الْبياعَاتُ.. ....

وكذا لو تصدق مكرهاً وسلم طوعاً.. فالصدقة باطلة. على ما في «قاضي خان».

(وإن هلك المبيع في يد مشترٍ غير مكره.. لزمه قيمته)؛ لما تقدم: أنه مقبوض بحكم بيع فاسد [٥٥٨/ب]، فيكون مضموناً عليه بالقيمة.

(وللبائع المُكْرَه) ـ اسم مفعول ـ (تضمين أي شاء من المكرِه) ـ اسم فاعل ـ (والمشتري)؛ لأن كل واحد منهما أحدث سبب الضمان.

أما المشتري: فلأنه أتلف ما قبضه بحكم العقد الفاسد.

وأما المكره: فلأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير إذنه، فصار غاصباً.. فيضمن؛ لأن المكره في حق التسليم جعل آلة له، فصار فعله كفعلِه.

(فإن ضمن المكرِه.. رجع) المكرَه (على المشتري بقيمته)؛ لأنه بأدائه الضمان.. ملكه، فقام مقام المالك المكرَه، فيكون مالكاً له من وقت وجود السبب بالاستناد.

وإن ضمن المشتري.. لا يرجع على المكرِه؛ لأنه ثبت ملك المشتري فيه؛ كغاصب لا يرجع على الغاصب إذا ضمن قيمة المغصوب؛ لأنه ملكه بالضمان، وإليه أشار بقوله: (وإن ضمن المشتري بعدما تداولته البياعات)؛ بأن باعه المشتري من آخر، وباع الآخر من آخر... وهكذا، ثم ضمن المشتري الأول.. نفذ كل شراء وقع بعد شرائه لا وقع قبله؛ يعني: لو باع مكرهاً من غير مكرِه، ثم باع ذلك المشتري من آخر وباع الآخر، وهكذا.. فللبائع تضمين من شاء من المشترين الأُوَل، ونفذ كل الشراء.

نَفَذَ كلُّ شِرَاءٍ وَقعَ بعدَ شِرَائِهِ، لا ما وَقَعَ قبلَه.

وَإِن أَجَازَ عقداً مِنْهَا.. جَازَ مَا قبلَهُ أَيْضاً.

وَله اسْتِرْدَادُهُ إِذا فسخَ لَو بَاقِياً.

وإن ضمن المشتري الثاني أو الثالث أو الرابع، وهكذا (.. **نفذ كل شراء وقع بعد شرائه**) هذا المشتري (**لا ما وقع قبله**)؛ لأن المشتري ملكه بالضمان من وقت قبضه بطريق الاستناد لا قبل قبضه.

(**وإن أجاز**) المالك هو البائع (**عقداً منها**)؛ أي: من تلك البياعات (.. **جاز ما قبله أيضاً**)؛ أي: كما جاز ما بعده؛ لأن بإجازة المالك.. زال المانع، وهو حقه، وقد أسقط بالإجازة، فيعود الكل جائزاً.

بخلاف ما إذا أجاز المالك أحد بيع من بيوع الفضولي.. فإنه لا يجوز إلا بيع من أجازه المالك دون غيره مما قبله ومما بعده؛ لأن كل واحد من الفضولي باع ملك غيره.. فلا يفيد البيع ملكاً للمشترى منه.

فعند إجازة المالك.. يملك من أجيز لعقده، ويبطل البقية؛ لورود ملك بات على ملك موقوف؛ لأن ملكهم قبل الإجازة موقوف، وبعده صار باتاً، والموقوف يبطل عند ورود البات، وفيما نحن فيه: يبيع كل منهم ملكه؛ لأن بيع المكره يفيد الملك بالقبض كما تقدم، والمانع من نفوذه زال بالإجازة.. فنفذ الكل.

(**وله**)؛ أي: للبائع وهو المالك المكره على البيع (**استرداده**)؛ أي: رد الثمن الذي قبضه مكرهاً (**إذا فسخ**) البيع (**لو**) كان الثمن (**باقياً**) [٥٥٩/أ] في يده.

وإن هلك.. لا يضمن؛ لأن الثمن كان أمانة عنده؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض إذا كان [بإذن][1] المالك.. فإنما يجب الضمان إذا قبضه للتملك، وهو لم يقبضه للتملك؛ لأنه مكره على قبضه.

---

(١) زيادة من «درر الحكام» (٢/٢٧٢).

وَضربُ سَوْطٍ، وَحبسُ يَوْمٍ: لَيْسَ بِإِكراهٍ.

إِلّا فِيمَن يستضُّر بهِ؛ لكَونِهِ ذَا منصبٍ.

وَإِن أُكرِهَ على أَكلِ ميتَةٍ، أَو دمٍ، أَو لحمِ خِنْزِيرٍ، أَو شُربِ خمرٍ؛ ....

بخلاف المشتري الغير المكره.. فإنه يضمن قيمة المبيع إذا هلك؛ لأنه قبضه بغير إذن البائع، وقد قبضه للتملك.

بخلاف ما لو كان المشتري مكرهاً دون البائع، فهلك المبيع عند المشتري بغير تعد.. فإنه لا يضمن؛ لأنه أمانة عنده. كذا في «قاضي خان».

وهل للمشتري الغير المكره حق الفسخ مثل البائع؟

ففي «قاضي خان»: ولو كان البائع مكرهاً و المشتري غير مكره، فقال المشتري بعد القبض: نقضت البيع.. لا يصح نقضه، وإن نقض قبل القبض.. صح نقضه.

ولو كان المشتري مكرهاً دون البائع.. فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض، وأما بعد القبض.. فيكون حق الفسخ إلى المشتري دون البائع.

(**وضرب سوط وحبس يوم: ليس بإكراه، إلا فيمن يستضرُّ به؛ لكونه ذا منصب**)؛ أي: عز ومرتبة؛ فإن الشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد: أكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس أيام.

ولهذا قال محمد: ليس في ذلك تقدير لازم، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به.

(**وإن أكره على أكل ميتة أو دم أو لحم خنزير أو شرب خمر**).

لمّا ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد المالية.. شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وذكر فيه:

الإكراه الملجئ: وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو.

وغير الملجئ: وهو الإكراه بالضرب والحبس والقيد.

بِضَرْبٍ أَو حبسٍ أَو قيدٍ.. لَا يَحلُّ التَّنَاوُلُ.

وَإِن بقتلٍ، أَو قطعِ عُضْوٍ.. حلَّ.

وَيَأْثَمُ بصبرِهِ على التَّلفِ إِن عَلِمَ الْإِبَاحَةَ؛ ....

والأول: معتبر شرعاً في الفعل والقول.

والثاني: غير معتبر في الفعل ولا في القول الذي يستوي فيه الجد والهزل، ومعتبر في القول الذي لا يستوي فيه الجد والهزل على ما سيظهر لك.

فعلى هذا.. تصير مسألة هذا الفصل على أربعة أنواع:

- **الأول**: ما أشار إليه بقوله: «وإن أكره على أكل ميتة...» إلى آخره.

(**بضرب أو حبس أو قيد.. لا يحل التناول**)؛ لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة؛ كما في حالة المخمصة؛ فإنه يحل التناول؛ لقيام المرخص؛ أعني: خوف التلف، ولا ضرورة عند عدم الخوف.. فلا يحل، حتى لو خاف التلف عن الضرر وغلب على ظنه.. أبيح له ذلك.

(**وإن**) أكره على الأشياء المذكورة (**بقتل**) نفسه (**أو قطع** [٥٥٩/ب] **عضو**) من أعضائه: من اليد والرجل والأصابع أو الأذن والأنف.

إنما قيدنا: القتل بنفسه والقطع بأعضائه؛ لأنه لو أكره على فعل الأشياء المذكورة بقتل رجل آخر أو بقطع عضو آخر.. لا يحل له فعل هذه الأشياء، وإنما يحل له ذلك إذا أكره بقتل نفسه أو قطع عضوه، على ما صرح به في القسم الرابع من مسائل هذا الفصل من «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: ولو قيل له: لتشربن هذا الخمر، أو لتأكلن هذه الميتة، وإلا لأقتلن أباك أو ابنك.. لا يسعه أن يأكل ويشرب، ولو شرب مع ذلك.. لا يحد.

(..**حلّ**)؛ لوجود الضرورة المرخصة؛ أعني: خوف التلف على نفسه أو على عضوه؛ لأن الضرورات مستثناة في أحكام الشرع.

(**ويأثم بصبره على التلف إن علم الإباحة**)؛ لأنه لما أبيح؛ من حيث إن حرمة

كَمَا فِي المخمَصَةِ.

وَإِن أُكرَهِ على الْكفْرِ، أَو سبِّ النَّبِي عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام بقتلٍ، أَو قطعِ عُضْوٍ.. ....

هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العرض، وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن.. كان بالامتناع عن الإقدام معاوناً لغيره على هلاك نفسه، فيأثم.

(كما في) حالة (المخمصة)؛ فإنه إذا كان بحيث يموت جوعاً وعنده لحم ميتة أو خنزير، أو يموت عطشاً وعنده خمر.. حلّ له التناول، ويأثم بصبره إن علم الإباحة، وإلا.. لا يأثم.

وعن أبي يوسف: أنه لا يأثم؛ لأن الإقدام على ذلك رخصة؛ إذ الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر وهي قائمة؛ فإذا امتنع.. كان أخذاً بالعزيمة، فلا يأثم.

قلنا: لا نسلم أن الحرمة قائمة؛ لأن الله تعالى قد استثنى حالة الاضطرار، فقال: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ والاستثناء: تكلم بالباقي بعد الثنيا.. فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام، فلا محرم حينئذ، فكان إباحة لا رخصة، فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال؛ حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً.

لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة؛ لأن في انكشاف الحرمة خفاء؛ لأنه أمر يختص بمعرفته الفقهاء، فتعذر أوساط الناس بالجهل فيه؛ كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب.

- وأشار إلى النوع الثاني بقوله: (**وإن أكره على الكفر أو سبِّ النبي ﷺ بقتل**) ـ أي: نفسه ـ (**أو قطع عضو**) من أعضائه.

قيدناهما بذلك؛ لما ذكرناه من قبل بعينه، وبه صرح في «قاضي خان» أيضاً.

رُخِّصَ لَهُ إِظْهَارُهُ وَقَلْبُهُ مطمئِنٌّ بِالْإِيمَانِ، ويُؤْجَرُ بِالصَّبرِ على التَّلفِ.

(.. رخص له إظهاره وقلبه مطمئن بالإيمان)؛ لقول النبي ﷺ لعمار بن ياسر حين [٥٦٠/أ] ابتلي به: «كيف وجدت قلبك؟» قال: مطمئناً بالإيمان، قال: «فإن عادوا.. فعد»، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾.

ولأن الركن الأصلي للإيمان: هو التصديق، وهو قائم حقيقة، والإقرار: ركن زائد، وهو قائم تقديراً؛ لأن التكرار ليس بشرط، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة، فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً، وفوت حق الله تعالى توهماً.. فيسعه الميل إلى إحياء حقه.

ولو أكره الكافر على الإسلام [فأسلم][(١)].. صح إسلامه على ما صرح به في «قاضي خان» و«الخلاصة» حيث قال: وإذا أجبر الكافر على الإسلام فأسلم.. صح، ولكن لو ارتد.. يحبس، ولا يقتل استحساناً، هكذا ذكروه على الإطلاق.

لكن قيد الكافر في كتاب أحكام المرتد من «التاتارخانية»: بالحربي؛ حيث قال فيه: إن إسلام المكره: إسلام عندنا إذا كان حربياً، وإن كان ذمياً.. لا يكون إسلاماً. انتهى بعبارته.

وقد صرح في «الاختيار»: صحة إسلام الذمي المكره؛ كإسلام الحربي، فتعارضت عباراتهم في صحة إسلام الذمي المكره: لا يصح على أصل الشافعي، ولم يتعرضوا صحته وعدمه على أصل أصحابنا، والذي يقتضيه النظر: صحة إسلامه قضاء.

(ويؤجر بالصبر على التلف)؛ لأن النبي ﷺ سمى مثله: شهيد الشهداء.

وقال أيضاً: «هو رفيقي في الجنة»، ولأن حرمة الكفر باقية؛ لتناهي قبحه، وبقاؤها يوجب الامتناع، فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين.

بخلاف ما تقدم من أكل الميتة وشرب الخمر؛ فإن الحرمة هناك لم تكن باقية؛ للاستثناء كما تقدم.

---

(١) في المخطوط: (فلم يسلم)، والمثبت من «قاضي خان» (٢٩٨/٣) وهو الصواب.

وَلَا رخصَةَ بِغَيْرِهِمَا.

واعترض عليه: بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ من قوله: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ﴾ فينبغي أن يكون مباحاً؛ كأكل الميتة وشرب الخمر.

وأجيب: بأن في الآية تقديماً وتأخيراً، تقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً.. فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان.. فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب.

وليس من ضرورة نفي الغضب ـ وهو حكم الحرمة ـ: عدم الحرمة؛ لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم: عدم العلة؛ كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض؛ فإن السبب موجود والحكم متأخر، فجاز أن يكون منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب [٥٦٠/ب] وهو الحرمة، فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر.

(ولا رخصة) لإجراء كلمة الكفر (بغيرهما)؛ أي: بغير القتل والقطع من الضرب والحبس والقيد؛ لأنه فوق أكل الميتة والدم في القبح؛ فما لم يكن مرخصاً فيهما.. ففي إجراء كلمة الكفر أولى.

قال في «قاضي خان»: وإذا أكره بوعيد حبس أو ضرب لا يخاف منه تلف عضو على أن يكفر بالله، فتلفظ بالكفر.. يصير كافراً، وتبين امرأته منه.

فإن قال: كان قلبي مطمئناً بالإيمان.. لا يصدق.

وإذا أكره على الكفر، فقال: كفرت بالله، فقال: نويت به الخبر عن كفر سابق في الماضي كذباً.. تبين امرأته منه في القضاء.

ولو قال: كفرت بالله، ولم يرد به الخبر على الماضي، وإنما قصد تحقيق الكفر.. تبين منه امرأته قضاء وديانة، ويصير كافراً؛ لأنه يقدر على الخلاص عن الإكراه بإجراء كلمة الكفر من غير تحقيق الكفر.

وَإِن أُكرِهَ على إِتْلَافِ مَالِ مُسلمٍ بِأَحَدِهِمَا.. رُخِّصَ لَهُ، وَالضَّمانُ على الْمُكْرِهِ.
أَو على قَتلِهِ أَو قطعِ عضوِهِ.. .

ولو قال: كفرت بالله، وقلبه مطمئن بالإيمان.. لا تبين امرأته.

ولو أكره على سب محمد ﷺ، فسب محمداً وخطر بباله محمد آخر ونواه.. بانت منه امرأته قضاء، وإن لم يرد محمداً آخر.. تبين امرأته قضاء وديانة.

وإن لم يخطر بباله غير النبي ﷺ، وسب محمداً وقلبه مطمئن بالإيمان.. لا تبين امرأته؛ لأنه مكره.

والإكراه في هذه المسائل بوعيد الحبس والقيد: لا يكون إكراهاً. انتهى.

• وأشار إلى النوع الثالث بقوله: (**وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأحدهما**)؛ أي: بالقتل أو القطع (.. **رخص له**)؛ لأن مال الغير قد يستباح للضرورة؛ كما في حالة المخمصة، وقد تحققت الضرورة هنا؛ لأنه أكرهه بالقتل أو القطع وغلب على ظنه ذلك.

وإن صبر وقتل.. كان أفضل؛ لأن إتلاف مال الغير حرام في نفسه؛ لبقاء دليله؛ فإذا صبر وقتل.. فقد بذل نفسه لدفع الحرام. كذا في «شرح المجمع».

ولأن الظاهر من «قاضي خان»: استواء الطرفين؛ حيث قال: الإقدام على الإتلاف والامتناع عنه: سواء.

(**والضمان على المكرِه**) على صيغة اسم الفاعل؛ لأن المكرَه - اسم مفعول - آلة للمكرِه فيما يصلح آلة له، وإتلاف المال: من هذا القبيل؛ لأن المكرِه يمكنه أن يأخذ المكرَه ويلقيه على المال فيتلفه.

بخلاف الأكل والتكلم والوطء؛ فإن المكرَه لا يصلح آلة للمكرِه في هذه الأشياء؛ فإن الشخص لا يتكلم بلسان الغير، ولا يأكل بفم الغير، ولا يطأ بآلة الغير.. فالعهدة على الآكل والمتكلم والواطئ، لا على المكره قلبا.

• وأشار إلى النوع الرابع بقوله: (**أو على قتله أو قطع عضوه**)؛ أي: قتل مسلم

لَا يرخصُّ.

فَإِن فعلَ.. فالقِصاصُ على الْمُكْرِهِ فَقَط.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا قصاصَ على أَحدٍ.

أو قطع عضوه (.. لا يرخص) له ذلك [٥٦١/أ]، حتى لو صبر فقتل.. يكون مأجوراً، وإن قتله أو قطعه.. يكون آثماً؛ لأن قتل المسلم بغير حق مما لا يباح بحالة لضرورة ما، فكذا بالإكراه.

ومن هذا القبيل: أنه لَو أكره على الزنا أو اللواطة.. لا يسعه أن يفعله، وإن صبر وقتل.. لكان مأجوراً، وإن فعل.. لكان آثماً.

بخلاف جانب المرأة: فإنها لو أكرهت على الزنا بالقتل أو القطع وفعلت ذلك.. لا تأثم؛ إذ ليس فيها إضاعة الولد. كذا في «الزيلعي».

(فإن فعل)؛ أي: قتل مسلماً أو قطع عضوه (.. فالقصاص على المكرِه) ـ اسم فاعل ـ (فقط) عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: لا قصاص على أحد).

وقال الشافعي: يجب القصاص على المكرِه والمكرَه جميعاً.

وقال زفر: يجب القصاص على المكرَه لا على المكرِه، على عكس قول أبي حنيفة ومحمد.

ولزفر: أن الفعل من المكرَه حقيقة: لصدوره منه بغير واسطة، وحساً: فإنه معاين مشاهد، وكذا شرعاً: لأنه قرر عليه حكمه وهو الإثم، فإيجاب القصاص على غيره: غير معقول وغير مشروع.

بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير؛ لأنه سقط حكمه ـ وهو الإثم ـ فإيجاب القصاص على غيره: غير معقول وغير مشروع.. فلم يكن مقرراً عليه شرعاً، فجاز إضافته إلى غيره.

وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكرَه، ويوجبه على المكرِه أيضاً؛ متمسكاً

بوجود التسبيب إلى القتل منه، وللتسبيب في القتل حكم المباشرة عنده؛ كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد، فاقتص المشهود عليه، ثم جاء المشهود بقتله حياً.. فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب.

ولأبي يوسف: أن القتل الحاصل من المكرَه يحتمل الاقتصار عليه، والتعدي إلى غيره؛ نظراً إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد على ما سيأتي دليلهما؛ لأن تأثيمه الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه، وكونه محمولاً على الفعل: يدل على أنه كالآلة، والفعل ينتقل عنه، وكل ما كان كذلك.. [كان](1) شبهة، والقصاص.. يندفع بها.

ولهما: أن فعل المكرَه محمول على القتل بطبعه؛ إيثاراً لحياته، والمحمول على الفعل بالطبع: آلة؛ لأن الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف؛ فإن طبعه القتل عند الاستعمال في محله، فيصير آلة للمكرِه فيما يصلح آلة له ـ وهو القتل ـ بأن يلقيه المكرِه عليه، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة.

فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل.

أجيب: بأنه لا يصلح آلة له في الجناية على دينه، فبقي العقل في حق الإثم مقصوراً عليه؛ كما نقول في الإكراه على الإعتاق: بأن إعتاقه ينتقل إلى [٥٦١/ب] المكرَه من حيث إتلاف مالية العبد؛ حتى وجبت عليه قيمة العبد، ويقتصر من حيث التكلم عليه؛ فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضاً.. لم يعتق العبد، وإذا ظهر أن المكرَه آلة للمكرِه في القتل.. ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا أصابته مخمصة فقتل إنساناً وأكل لحمه حتى بقي هو حياً؛ إيثاراً لحياته بطبعه.. فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطراً أيضاً كالمكرَه؛ لأنه ليس ثمة من يكون آلة له، فيضاف القتل إلى نفسه.

---

(١) زيادة من «البناية» (٦١/١١).

وَلَو أُكرِه على أَن يتردَّى مِن جبلٍ فَفعلَ.. فديتُهُ على عاقلةِ الْمُكْرِهِ.

واعلم: أن صاحب «النهاية» قال: سواء كان هذا المكرِه الآمر بالغاً عاقلاً، أو معتوهاً، أو صبياً.. فالقود على الآمر، وعزاه إلى «المبسوط».

وقال في «العناية» نقلاً عن عبد العزيز: إنه سهو.

والرواية في «المبسوط» بفتح الراء في المكرَه دون كسرها؛ لأن الصبي والمجنون ليس بأهل لوجوب القصاص عليه.

ثم اعلم: أن أبا يوسف يقول: إن هذا الإكراه صحيح ليس بباطل كما هو كذلك عند زفر، ولكنه يسقط القصاص عنهما؛ لما ذكرناه.

ويجب على الآمر المكرِه دية المقتول في ماله في ثلاث سنين؛ إذ لم يأذن في قطعه؛ فإن أذن ومات في الإذن.. لم تجب ديته على أحد.

ولو كان المقطوع مكرهاً في الإذن أيضاً.. لا تسقط الدية. ثم هذا كله في الإكراه الملجئ.

وأما لو أكره بوعيد حبس أو قيد أو ضرب، فقتله.. لا يصح الإكراه في قولهم جميعاً، ويجب على القاتل القصاص بالاتفاق. كذا في «قاضي خان».

ثم قال فيه أيضاً: السلطان إذا قال لرجل: اقطع يد فلان هذا، وإلا لأقتلنك.. وسعه أن يقطع، وإذا قطع.. كان على الآمر القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا رواية فيها عن أبي يوسف.

وهذا يخالف ما ذكره المصنف بقوله: «أو قطع عضو لا يرخص».

وفي «الحاوي»: ولو كان القاتل ذا رحم محرم من المقتول.. لم يحرم الميراث.

(**ولو أكره على أن يتردى**)؛ أي: على أن يلقي نفسه (**من جبل**) مرتفع، (**ففعل**) المكرَه؛ بأن ألقى نفسه (**.. فديته على عاقلة المكرِه**) ـ اسم فاعل ـ عند أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة القتل بالمثقل، وفيه: كان يجب الدية على العاقلة عنده. فكذا هذا.

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: تجبُ فِي مَالِهِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: عَلَيْهِ الْقصاصُ.

(**وعند أبي يوسف تجب**) الدية (**في ماله**)؛ أي: في مال المكرِه الآمر في رواية.

(**وعند محمد**): يجب (**عليه القصاص**)؛ أي: على الآمر، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

تفصيل هذه المسألة على ما في «قاضي خان»: لو قال السلطان لرجل: ألقِ نفسك في هذه النار، وإلا لأقتلنك.. ينظر:

إن كانت النار قد ينجو منها وقد لا ينجو.. وسعه أن يلقي نفسه [٥٦٢/أ] فيها؛ فإن ألقى ومات.. كان على الآمر القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية: يجب القصاص، وفي رواية: يجب الدية في ماله.

وإن كانت بحيث لا ينجو منها، لكن له في الإلقاء قليل راحة.. كان له أن يلقى فيها نفسه؛ فإن ألقى نفسه فيها فهلك.. كان على الآمر القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبو يوسف: تجب الدية في مال الآمر لا القصاص،

ولا يغسل هذا الميت.

وإن لم يكن له في إلقاء النفس قليل راحة، ولا ينجو منه.. لا يسعه أن يلقي نفسه؛ فإن ألقى فهلك.. يهدر دمه في قولهم جميعاً.

ولو قال السلطان لرجل: لَتُلَقِيَنَّ نفسك من شاهق الجبل وإلا لأقتلنك:

فإن لم يكن له في الإلقاء أدنى راحة.. لا يسعه الإلقاء؛ فإن هلك.. يهدر دمه.

وإن كان له فيه أدنى راحة.. وسعه أن يلقى نفسه في قياس قول أبي حنيفة.

فإن ألقى نفسه فهلك.. فديته على عاقلة الآمر.

وَلَو أُكرِهَ بقتلٍ على تَرَدٍّ، أَوِ اقتحامِ نَارٍ، أَو مَاءٍ، وكلٌّ مُهلِكٌ.. فَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْإِقْدَامِ وَالصَّبْرِ.

وفي قول صاحبيه: يسعه أن يلقي نفسه؛ فإن فعل وهلك.. كان على الآمر القصاص.

وهي فرع مسألة القتل بالمثقل عند أبي حنيفة، وذلك لا يوجب القصاص.

وعندهما: يوجب القصاص، وفعل المأمور كفعل الآمر.

ولو ألقاه الآمر.. لا يجب القصاص عند أبي حنيفة، بل تجب الدية.

وعندهما: يجب القصاص.

وعن أبي يوسف في رواية أخرى: على الآمر ديته في ماله.

وإن كان يخاف منه الهلاك ويرجو النجاة، فألقى نفسه، فهلك.. كانت الدية على عاقلة الآمر في قولهم؛ لأنه كقاتل الخطأ.

ولو قال السلطان لرجل: ألق نفسك في هذا الماء وإلا لأقتلنك؛ إن كان يعلم أنه لا ينجو.. لا يسعه أن يفعل، وإن فعل.. يهدر دمه.

وإن كان له فيه أدنى راحة.. وسعه ذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يسعه.

فإن فعل وهلك.. كانت الدية على عاقلة الآمر في قول أبي حنيفة؛ كما لو ألقى الآمر بنفسه.

وقال أبو يوسف: ديته على الآمر في ماله، ولا قصاص فيه.

وقال محمد: عليه القصاص.

وعن أبي يوسف في رواية: مثل قول محمد. انتهى ما في «قاضي خان»، فاحفظه؛ فإنه ينفعك فيما ذكره بقوله:

(**ولو أكره بقتل**) [٥٦٢/ب] أو قطع (**على ترد**) من جبل عال (**أو اقتحام نار أو ماء**)؛ أي: الإلقاء فيهما، (**وكلٌّ**) من هذه الأفعال (**مهلك.. فله الخيار في الإقدام والصبر**) عند أبي حنيفة.

وَقَالا: يلْزمُهُ الصَّبْرُ.

وَلَو وَقعتْ نَارٌ فِي سفينةٍ إِن صَبرَ احْتَرَقَ، وَإِن أَلْقى نَفَسَهُ غَرِقَ.. فَلَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يلْزمُهُ الثَّبَاتُ.

(وقالا: يلزمه الصبر)؛ لأنه لو ألقى نفسه.. لكان مباشراً في إتلاف نفسه، فوجب الصبر.

ولأبي حنيفة: أنه ابتلي ببليتين متساويتين في الإفضاء إلى الهلاك، فيتخير، هكذا ذكر هذه المسألة في «المجمع».

وعلله في شرحه بما ذكرناه للطرفين، وفيه بحث من وجهين:

الأول: أنه مخالف لما ذكرناه من «قاضي خان»؛ لأن الظاهر منه: أن كلاً من هذه الأفعال ـ أي: التردي والاقتحام في النار أو في الماء ـ إن كان مهلكاً بأن لا يرجى منه الخلاص.. فالصبر واجب بالاتفاق، ولا خيار له بين الإقدام والصبر، نعم لو قال: «وكلٌّ مهلكة، لكن له في التردي والاقتحام أدنى راحة» كما في «قاضي خان».. لكان أولى؛ لأن هذه الأفعال لو كانت مهلكة بمعنى لا يرجى الخلاص، ولا أدنى راحة.. ليس له الخيار بالاتفاق.

والثاني: أن يذكر كونه مخيراً بين الإقدام والصبر.

ثم ذكر الاختلاف المذكور بعده من وجوب الدية على عاقلة المكره عند أبي حنيفة، وفي مال المكره عند أبي يوسف، ووجوب القصاص عند محمد؛ لأن هذا الخلاف جارٍ بينهم في التردي و الاقتحام في النار والماء بعد الإقدام عليه.

(ولو وقعت نار في سفينة؛ إن صبر احترق، وإن ألقى نفسه غرق.. فله الخيار عند الإمام)؛ لما ذكرناه في المسألة الأولى.

(وعند محمد) ومعه أبو يوسف: **(يلزمه الثبات)**، لما ذكرناه أيضاً.

وإِنْ أُكرِهَ على طَلَاقٍ أَو إِعتاقٍ أَو تَوْكِيلٍ بهما.. نفَذ، ....

(وإن أكره) لمّا ذكر ما لا يصح تصرف المكره فيه ـ أعني: البيع والشراء والإجارة والإقرار ونحوها ـ شرع في بيان ما يصح تصرفه فيه؛ أعني: ما ذكره بقوله: (على طلاق أو إعتاق أو توكيل بهما.. نفذ) عندنا؛ يعني: لو أكره على طلاق امرأته، فطلق مكرهاً.. يقع طلاقه عندنا.

وكذا لو أكره على إعتاق عبده، فأعتق مكرهاً.. عتق عبده عندنا، خلافاً للشافعي؛ على ما تقدم دليل الطرفين في الطلاق والعتاق.

وكذا لو أكره على التوكيل بطلاق امرأته وإعتاق عبده، فوكل مكرهاً، فطلق الوكيل امرأته وأعتق عبده.. نفذ طلاق الوكيل وإعتاقه استحساناً لا قياساً؛ لأن الوكالة تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه.

ووجه الاستحسان: أن الإكراه يؤثر في فساد العقد لا في بطلانه، فكان كالشرط الفاسد، والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة، فكذا الإكراه؛ فإذا لم تبطل الوكالة.. نفذ تصرف [٥٦٣/أ] الوكيل.

أما إنه كالشرط الفاسد.. فلأنه يعدم الرضاء، فيفسد به الاختيار، فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً.

وأما أن الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ فلأنها من الإسقاطات؛ لأن الموكل أسقط حقه بالتفويض.

والحاصل: أن تصرفات المكره كلها منعقدة عندنا، إلا أن بعضها منعقدة بوصف الصحة، وبعضها منعقدة بوصف الفساد.

فما جعل الرضاء فيها شرطاً ـ وهي: التصرفات المالية من البيع والشراء والإجارة ونحوها ـ ينعقد بوصف الفساد؛ لأن الرضاء شرط الصحة لا شرط الانعقاد.

وما لا يكون الرضاء فيها شرطاً.. ينعقد بوصف الجواز؛ كالطلاق والعتاق والتوكيل بهما.

وكذا صح نكاحه أيضاً.

قال محمد في «الأصل»: ولو أن رجلاً أكره بوعيد أو بحبس أو بقيد أو بضرب على أن يتزوج امرأته على عشرة آلاف ومهر مثلها ألف درهم.. كان النكاح جائزاً، ويكون للمرأة من عشرة آلاف: مهر مثلها ألف درهم، وتبطل الفضلة، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وذكر الشيخ أبو جعفر الطحاوي في «مختصره»: أن الزوج يلزمه جميع ذلك، ويرجع بالفضل على من أكره.

أما جواز النكاح إذا كان الإكراه بوعيد تلف: فلأن النكاح يصح مع الهزل، فكذا مع الإكراه؛ كالطلاق والعتاق عندنا.

وإن كان بقيد أو بحبس أو ضرب.. فلا يكون ذلك إكراهاً في حق التزوج، بل يكون النكاح طائعاً والتسمية فاسدة، فيلزم مهر المثل، ولا يرجع الزوج على المكرِه بشيء؛ لعدم الإكراه منه.

بخلاف ما لو أكره على الإقرار بالطلاق أو العتاق والنكاح، فأقر بذلك مكرهاً.. حيث لا يصح إقراره.

وكذا لو أكره على أن يزوج ابنته الصغيرة من غير كفئها، أو بأقل من مهر مثلها، ففعل ذلك مكرهاً.. لا ينعقد نكاحه، إلا أن يبلغ مهر مثلها.. فحينئذٍ ينقلب صحيحاً.

بخلاف غير الكفؤ؛ فإنه فاسد.

وإن كانت المرأة بالغة، فأكرهت هي ووليها على النكاح، ففعلا؛ إن لم يكن الزوج كفؤاً.. كان للمرأة أن ترد، وإن رضيت المرأة.. كان للمولى أن يرد.

وإن كان النكاح بأقل من مهر مثلها.. فللمرأة أن ترد في قول أبي حنيفة خاصة.

وعند صاحبيه: ليس للولي حق الرد بعدم الكفاءة، وليس له الرد بنقصان المهر. كذا في «قاضي خان».

وَيرجعُ بِقِيمَةِ العَبْدِ على الْمُكْرِهِ، وَكَذَا بِنصْفِ الْمهْرِ لَوِ الطَّلَاقُ قبلَ الدُّخُولِ، وَلَا رُجُوعَ لَو بعدَهُ.

ثم ذكر فيه أيضاً: إذا أكرهت المرأة لتقبل من زوجها تطليقة بألف، فقبلت.. تقع طلقة رجعية، ولا يلزمها المال؛ كالصغيرة أو المجنونة إذا اختلعت [٥٦٣/ب] من زوجها بمال.. يقع الطلاق، ولا يلزمهما المال.

ثم ينظر:

إن كان الخلع بلفظ الخلع.. يكون الطلاق بائناً.

وإن كان بلفظ الطلاق بعد الدخول.. يكون رجعياً.

فلو أن المرأة أجازت الطلاق بعد ذلك بالمال الذي أكرهت عليه.. صحت إجازتها على قول أبي حنيفة، ويلزمها المال، ويصير الطلاق بائناً.

وفي قول محمد: الإجازة باطلة، والطلاق رجعي.

وعن أبي يوسف فيه روايتان.

(**ويرجع**) المولى المكرَه (**بقيمة العبد على المكرِه**) اسم فاعل؛ لأن إتلاف المال مضاف إليه؛ سواء كان موسراً أو معسراً؛ لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والعسار.

ثم لا يرجع هو على العبد بما ضمنه؛ لأنه هو المؤاخذ بإتلافه.

(**وكذا**)؛ أي: يرجع الزوج (**بنصف المهر**) على المكرِه (**لو**) كان (**الطلاق قبل الدخول، ولا رجوع**) عليه (**لو**) كان الطلاق (**بعده**)؛ أي: الدخول:

اعلم: أن المكرَه على الطلاق إذا طلق زوجته.. فلا يخلو:

إما أن طلقها قبل الدخول والمهر مسمى، أو غير مسمى، أو بعد الدخول.

- **فإن كان قبل الدخول والمهر مسمى**.. وجب على الزوج نصف المهر؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب سقوط نصف المهر، ويرجع الزوج بذلك على المكرِه؛ لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بسبب الفرقة من جانب المرأة بتقبيلها ابن الزوج

عن شهوة أو ارتدادها قبل الدخول، فصار كأن المكره الحامل: أخذ من مال المكره المحمول ذلك القدر وأتلفه.

• **وأما إذا كان الطلاق قبل الدخول، والمهر غير مسمى**، وجب على الزوج المتعة؛ لأن المتعة هي الواجبة بالنص في هذه الصور، ويرجع الزوج بما ضمن من المتعة على المكرِه.

• **وأما إذا كان الطلاق بعد الدخول**.. فلا يرجع الزوج على المكرِه بشيء؛ لأن المهر أكد الدخول على وجه لا يسقط عنه بوجه، ولم يوجب المكره عليه شيئاً، وإنما تلف ملك النكاح، وملك النكاح عند الخروج عن ملك الزوج ليس بمال.. فلا رجوع.

ثم اعلم: أن رجوع المكرَه على المكرِه وعدم رجوعه عليه بما لزمه من العهدة نذكرها مختصراً على ما في «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: وإذا لزم المكرَه بمباشرة ما أكره عليه.. هل يرجع بذلك على المكرِه؟

فهذا على نوعين:

في نوع: يرجع عليه.

وفي نوع: لا يرجع.

أما الأول: إذا أكره بطلاق امرأته قبل الدخول بها، فطلق.. يقع الطلاق، ويرجع بنصف المهر على المكرِه إن كان المهر مسمى، وإلا.. يرجع بالمتعة.

وكذا لو أكره ليقر لفلان بمال، فأقر وأخذ فلان منه المال، فغاب المقَر له؛ بحيث [٥٦٤/أ] لا يقدر عليه أو مات مفلساً.. كان للمكرَه أن يرجع بذلك على المكرِه.

وكذا لو أكره ليقطع يد نفسه بقتل أو قطع عضو، ففعل.. كان للمكرَه أن يرجع على المكرِه بالدية فيما لا يجب فيه القصاص، وبالقصاص فيما يجب فيه القصاص.

وَصَحَّ يَمِينُ الْمُكْرَهِ ونذرُهُ، ....

وكذا لو أكره على قتل عبده بقتل أو غيره، ففعل.. كان له أن يرجع على المكرِه بقيمة العبد، ولا يرجع بذلك على العبد، ولا سعاية على العبد أصلاً.

وكذا لو أكره الرجل أن يهب عبده لفلان، فوهب وسلم، وغاب الموهوب له.. كان للواهب أن يرجع على المكرِه بقيمة العبد.

وكذلك في الصدقة والبيع.

وإذا أكره على تدبير عبده، ففعل.. صح التدبير، ويرجع بنقصان التدبير على المكرِه في الحال، وإذا مات المولى.. يعتق المدبر ويرجع ورثة المولى بثلثي قيمته مدبراً على المكرِه أيضاً.

وأما الثاني - أعني ما لا يرجع المكره فيه بما غرم -: فكما إذا أكره على التزوج، فتزوج ودخل بها.. يجب المهر على الزوج، ولا يرجع به على المكرِه، ثم طلق هذا الرجل امرأته.. يجب المهر عليه أيضاً، ولا يرجع به على المكرِه.

وإذا أكره على بيع سلعة، فباع بمثل قيمتها.. لا يرجع به على المكرِه.

وكذا لو أكره على الهبة بعوض، ففعل.. لا يرجع بعد قبض العوض... إلى آخر ما ذكره في «قاضي خان».

(**وصح يمين المكرَه**)؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، فيستوي فيه الجد والهزل والكره؛ سواء كان اليمين على الطاعة، أو على المعصية.

والأصل فيه: حديث حذيفة رضي الله عنه: أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله ﷺ في غزوة، فحلفه مكرها، ثم أخبر به رسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى عليهم».

(**ونذره**)؛ أي: لو أكره على أن يوجب على نفسه صدقة أو صوماً أو حجاً أو شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى، ففعل.. لزمه ذلك؛ لأن النذر لا يحتمل الفسخ؛

وظِهارُه، وَلَا يرجُع بِمَا غَرِمَ بِسَبَبِ ذَلِكَ.

ورجعتُهُ وإِيلاؤُهُ وفيئُهُ فِيهِ، وإِسلامُهُ لَكِن لَا قَتْلَ فِيهِ لَوِ ارْتَدَّ.

وَلَا يَصحُّ إبراؤُهُ، ....

كاليمين، ويستوي فيه الجد والهزل والكره.. فلا يؤثر فيه الإكراه، ولا يرجع المكرَه على المكرِه بما لزمه؛ إذ لا مطالب له في الدنيا.

(**وظهاره**)؛ لأنه من باب التحريم، فأشبه اليمين، ولأن الظهار في: معنى الطلاق، وقد كان طلاقاً في الجاهلية، فلا يؤثر فيه الإكراه؛ مثل الطلاق واليمين.. فصح ظهاره.

(**ولا يرجع**) المكرَه على المكرِه (**بما غرم؛ بسبب ذلك**)؛ أي: الكره.

(و) صحت (**رجعته**)؛ أي: أكره على مراجعة امرأته المطلقة بطلاق رجعي فراجعها.. صح؛ لأن الرجعة تصح مع الهزل، فكذا مع الإكراه؛ لأن كل ما يصح مع الهزل.. يصح مع الإكراه أيضاً [٥٦٤/ب]؛ لعدم شرط الرضاء فيه.

(و) صح (**إيلاؤه وفيئه فيه**)؛ أي: في مدة الإيلاء؛ يعني: أكره على الإيلاء، فآلى.. صار مولياً؛ لأن الإيلاء: يمين في الحال، طلاق في المآل، والإكراه لا يمنع تحقق اليمين والطلاق كما تقدم؛ فإن تركها أربعة أشهر.. بانت منه.

والفيء فيه: كالرجعة في الاستدامة، فلا يؤثر فيه الإكراه؛ كما في الرجعة، وليس له أن يرجع على المكرِه؛ لأنه كان متمكناً من الفيء في المدة، وليس بمضطر.

وكذا: صح خلعه؛ لأنه طلاق أو يمين من جانب الزوج على ما تقدم في الخلع، والإكراه لا يؤثر في كل منهما.

(و) صح (**إسلامه، لكن لا قتل فيه لو ارتد**)؛ يعني: أسلم مكرهاً ثم ارتد.. لا يقتل؛ لتمكن الشبهة في إسلامه.

(**ولا يصح إبراؤه**) مديونه أو كفيله، ولا صلحه؛ لأن في الإبراء الصحيح: معنى التمليك، والتمليك لا يصح مع الإكراه؛ لتوقفه على الرضاء، والإكراه ينافيه.

وَلَا رِدَّتُهُ.. فَلَا تبينُ بِهَا امْرَأَتُهُ.

فَإِنِ ادَّعَت تحقُّقَ مَا أَظهرَهُ، وَادّعى أَنَّ قلبَهُ مطمئِنٌ بِالْإِيمَانِ.. صُدِّقَ.

وَلَو أُكرِهَ على الزِّنا فَفعلَ.. حُدَّ، مَا لم يُكْرِههُ سلْطَانٌ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَبِهِ يُفْتَى.

(**ولا ردته**)؛ لأن الكفر يتعلق بالاعتقاد؛ لأنه تبديل الاعتقاد من الحق إلى الباطل؛ فإذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان حين أجرى الكفر على لسانه.. رخص له ذلك ولم يحكم بكفره وإن لم يكفر.

(**فلا تبين بها**)؛ أي: بالردة مكرهاً (**امرأته**)؛ لأن البينونة دائرة على اختلاف الدين، وذلك بتبديل الاعتقاد، ولم يوجد ذلك منه.

(**فإن ادعت**) المرأة (**تحقق ما أظهره**) من الكفر؛ بأن قالت: اعتقدت بقلبك الكفر حين أجريت على لسانك كلمة الكفر بالإكراه، (**وادعى**) الزوج (**أن قلبه مطمئن بالإيمان.. صدق**) الزوج؛ لأن الظاهر يشهد له، والقول لمن يشهد الظاهر له. وهذا استحسان.

والقياس: أن يكون القول للمرأة؛ لأن الكفر سبب البينونة كالطلاق، ففي الطلاق: يستوي الطائع والمكره.

(**ولو أكره على الزنا، ففعل.. حد، ما لم يكرهه سلطان**) عند أبي حنيفة؛ لأن عنده لا يوجد الإكراه من غير السلطان، وكان أبو حنيفة أولاً يقول: لا حد عليه، ثم رجع وقال: عليه حد، إلا أن يكرهه السلطان.

(**وعندهما: لا حد عليه، وبه يفتى**)؛ بناء على: أن الإكراه يوجد عندهما من غير السلطان أيضاً.

وقد تقدم أنهم قالوا: إن هذا اختلاف عصر لا اختلاف برهان.

* * *

(كتاب الحجر)

(كتَابُ الْحَجْرِ)

هُوَ مَنعُ نَفاذِ تصرفِ قَوليّ.

وأَسبابُهُ:

الصِّغَرُ، وَالْجُنُونُ، وَالرِّقُّ.

(كِتَابُ الحَجْرِ)

أورد الحجر عقيب الإكراه؛ لأن كلاً منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً؛ لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة.. كان أحق بالتقديم.

الحجر **في اللغة:** المنع مطلقاً.

وفي عرف الفقهاء [٥٦٥/أ]: **(هو منع نفاذ تصرف قولي)** عن شخص مخصوص، وهو الصغير والرقيق والمجنون.

والمقصود بها: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس بالاتفاق، وسيصرح به في الكتاب.

قيده بقوله: «قولي»؛ لأن الحجر لا يتصورٍ في الأفعال؛ لأنه حسي لا يمكن رده بعدما وقع؛ حتى إذا أتلف الصبي مالاً.. يجب عليه الضمان، وكذا المجنون، ولا يمكن الرد عنه.

بخلاف القول؛ فإن نفوذه حكمي لا حسي، فيتصور رده بعد الوقوع، فكذا قبل الوقوع.

(وأسبابه: الصغر والجنون والرق).

واعلم: أن التصرفات الشرعية على ثلاثة أنواع:

منها: ما تردد بين النفع والضر؛ كالبيع والشراء.

ومنها: ما يتمحض ضرراً؛ كالطلاق والعتاق.

فَلَا يَصِحُّ تصرُّفُ صبيٍّ، أَو عَبْدٍ بِلَا إِذنِ وليٍّ أَو سيِّدٍ، وَلَا تصرُّفُ الْمَجْنُونِ المغلوبِ ....

ومنها: ما يتمحض نفعاً؛ كقبول الهدية والصدقة والهبة.

فالمعاني الثلاثة:

توجب الحجر في النوع الأول؛ أي: التوقف على الإذن من الولي.

- وتوجب الإبطال من الأصل في النوع الثاني.

ولا توجب شيئاً من الحجر والإبطال [في النوع الثالث][1]، على ما سيظهر لك.

(فلا يصح تصرف صبي)؛ لعدم عقله، أو لنقصان عقله وأهليته للتصرف، وإنما هي بالعقل الكامل، لكن ينجبر هذا النقصان بإذن وليه.. فحينئذٍ يصح تصرفه.

(أو عبد)؛ لأنه وإن كان له أهلية للتصرف بالعقل الكامل ـ والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة؛ لأنه مكلف، محتاج، كامل الرأي من بني آدم كالحرائر ـ لكن جعله الشرع سبباً للحجر، وحجر عليه؛ لرعاية حق المولى؛ كيلا يتعطل عليه منافع عبده وهو حقه؛ فإنه لو لم يثبت الحجر.. لنفذ بيعه وشراؤه، فيلحقه ديون كثيرة، فيأخذ أرباب الديون أكسابه التي هي منفعة المولى، وذلك تعطيل لها عنه؛ كي لا تملك رقبتُهُ بتعلق الدين بها إن لم يكن له كسب.

(بلا إذن ولي) والمراد بالولي هنا: هو القاضي ومن له ولاية التجارة في مال الصغير كالأب والجد والوصي.. فلا يجوز بإذن الأم والأخ والعم. كذا في «شرح المجمع».

(أو سيد)؛ لأن بإذن الولي للصغير ينجبر نقصان العقل، فيلتحق بالبالغ العاقل.

والمولى إذا أذن لعبده.. فقد رضي بفوات حقه، فيجوز.

(ولا تصرف المجنون المغلوب)؛ أي: المختلط عقله؛ بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً.. فإن تصرفه لا يجوز.

(١) زيادة لا بد منها من «العناية» (٩/٢٥٥).

بِحَالٍ.

وَمَن عقدَ مِنْهُم وَهُوَ يعقِلُهُ.. فَوَلِيُّهُ مُخَيَّرٌ بَينَ أَنْ يُجِيَزهُ أَو يفسَخَهُ.

(بحال)؛ أي: حالِ إذن الولي أو السيد وحال عدمه؛ لعدم أهليته أصلاً.

بخلاف المجنون الغير المغلوب وهو: الذي يعقل البيع ويقصده، إلا أنه ربما يختلف كلامه ويقل فهمه، ولا يضرب ولا يشتم.. فإن تصرفه صحيح بحال إجازة الولي أو السيد [٥٦٥/ب].

(ومن عقد منهم)؛ أي: هؤلاء المحجورين؛ من قبيل ذكر الجمع وإرادة التثنية؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾؛ لأن المراد به: الصبي والعبد؛ لان المجنون المغلوب. ولو أريد المجنون المغلوب معهما.. لكان الجمع على ظاهره.

(وهو يعقله)؛ أي: يعقل العقد؛ بأن البيع: سالب، والشراء: جالب، ولو عطف على قوله: «يعقله ويقصده» على ما وقع في «الهداية».. لكان أولى؛ ليحترز به عن الهازل والخاطئ.. فإنهما لا يقصدان العقد وإن كانا يعقلانه.

(فوليه مخير بين أن يجيزه أو يفسخه)؛ فإن رأى فيه مصلحة للصبي.. أجازه، وإلا.. فسخه.

وكذا السيد إن رأى فيه مصلحة لنفسه.. أجازه، وإلا.. فسخه؛ لأن التوقف في تصرف العبد كان لحق المولى، وفي الصغير لحق الصغير نظراً له، فكذا المصلحة المرئية: كانت بالنسبة إليهما.

فإن قيل: التوقف على الإذن مستقيم في بيعهما؛ لما ذكر، وأما في شرائهما.. فلا يستقيم؛ لأن الأصل في الشراء: أن يوجد نفاذاً على المباشر كما في شراء الفضولي؛ فإن الفضولي إذا اشترى مال إنسان لآخر.. ينفذ عليه بلا توقف.

أجيب: بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذاً ابتداء؛ كما في شراء الفضولي؛ فإنه وجد نفاذاً عليه؛ لثبوت أهليته، وفيما نحن فيه: لم يوجد نفاذاً على المباشر؛ أعني: الصبي والعبد المحجورين؛ لعدم الأهلية.

وَمَن أَتلفَ مِنْهُم شَيْئاً.. فَعَلَيهِ ضَمَانُهُ.

(ومن أتلف منهم شيئاً.. فعليه ضمانه)؛ لأن كلاً من الصغر والرق والجنون لا يوجب الحجر عن الأفعال؛ لأن الأفعال لا مرد لها، حتى إنه لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها.. وجب عليه الضمان في الحال، مع أنه لا قصد له فيه.

وكذا الحائط المائل لو تلف به شيء بعد الإشهاد عليه.. يضمن صاحبه وإن عدم القصد من صاحبه في سقوطه، فكذلك الصغير والمجنون إذا أتلفا شيئاً.. لزمهما الضمان في الحال مع عدم القصد؛ لأن الأفعال توجد حساً مشاهدة ويحصل بها الإتلاف، وبعد الحصول: لا يمكن أن يجعل كالإتلاف، فانعقد الإتلاف موجباً للضمان وإن عدم القصد؛ لأنه ليس من شرطه.

بخلاف الأقوال؛ لأن اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع، والقصد من شرط ذلك الاعتبار، وليس للصبي والمجنون قصد، فينتفي المشروط به أيضاً.

وأما في العبد.. فالقصد وإن وجد منه، لكنه غير معتبر شرعاً؛ للزوم الضرر على المولى بغير اختياره.

فإن قيل: الأقوال موجودة أيضاً حساً ومشاهدة، فما بالها شرط اعتبارها [٥٦٦/أ] موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال؟

فالجواب عنه بوجهين:

أحدهما: أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة: ليست عين مدلولها، بل هي دوال عليها، ويمكن تخلف المدلول عن دليله، فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم، فلا بد له من اشتراط القصد.

بخلاف الأفعال؛ فإن الموجود منها: عينها، فبعد ما وجدت.. لا يمكن أن تجعل غير موجودة، فلا حاجة إلى اشتراط القصد.

والثاني: أن القول قد يقع صدقاً، وقد يقع كذباً، وقد يقع هزلاً.. فلا بد من القصد حتى يتميز بينها.

وَلَا يَصِحُّ طَلَاقُ الصَّبِيِّ والْمَجْنُونِ وَلَا إِعتاقَهُما، وَلَا إِقرارُهُما.

ألا ترى: أن القول من الحر العاقل البالغ إذا وجد هزلاً.. لم يعتبر شرعاً، فكذا من هذه الثلاثة.

بخلاف الأفعال؛ فإنها حيث وقعت.. وقعت حقيقة، فلا يمكن تبديلها.

والحاصل: أن الأفعال مطلقاً لا مرد لها، ويترتب عليها آثارها بلا اشتراط قصد، فانعقاد أفعال الصغير والرقيق والمجنون موجباً للضمان وإن لم يكن لهم قصد معتبر.

إلا إذا كان فعل الصبي والمجنون فعلاً يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات؛ كالحدود والقصاص.. حيث يجعل فيه عدم القصد شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص.

ولذا: لم يقتص الصبي والمجنون، إلا إذا أتلف الصغير ما استقرضه.. فإنه لا يضمنه على ما صرح في «المجمع» نقلاً عن «الخانية»؛ حيث قال: إذا استقرض الصبي مالاً فأتلفه.. لا يؤاخذ به في الحال، ولا بعد البلوغ؛ لأنه ليس من أهل الالتزام.

(**ولا يصح طلاق الصبي والمجنون**) المغلوب عقله، (**ولا إعتاقهما، ولا إقرارهما**)؛ أي: تبطل هذه التصرفات منهما أصلاً، بخلاف البيع والشراء.. فإنهما لا يبطلان من الأصل، بل يمنعان عنها، وتتوقف على الإذن كما تقدم.

والأصل هنا: ما رواه الترمذي مرفوعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه: «كل طلاق واقع، إلا طلاق الصبي والمعتوه» والإعتاق يتمحض ضرراً لا محالة، فيبطل منهما، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ، لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال:

لا في الحال؛ لعدم الشهوة.

وَصَحَّ طلاقُ العَبْدِ وَإِقْرَارُه فِي حقِّ نَفسِهِ، لَا فِي حقِّ سَيِّدِهِ.

فَلَو أَقَرَّ بِمَالٍ.. لزمَهُ بعدَ عتقِهِ.

وَإِن بِحَدٍّ أَو قَوَدٍ.. لزمَهُ فِي الْحَالِ.

ولا في المآل؛ لأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتبيين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة، ولا علم له بذلك، والولي وإن أمكن أن يقف على المصلحة في الحال.. لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا.. لا يتوقفان على إجازة، ولا ينفذان بمباشرته.

بخلاف البيع والشراء كما تقدم.

وإقرارها يتمحض [٥٦٦/ب] ضرراً.. فلا يصح.

(وصح طلاق العبد وإقراره في حق نفسه).

أما طلاقه: فلأنه مكلف يتصرف في خالص حقه، وليس فيه إبطال حق المولى، فصح؛ كتصرف سائر الأحرار.

وأما إقراره: فلأنه أهل له؛ لكونه مكلفاً.

(لا في حق سيده)؛ لأنه إقرار على الغير.. فلا يصح؛ لأن إقرار الإنسان على الغير: لا يصح، إلا إذا كان له ولاية عليه، ولا ولاية للعبد على سيده.

(فلو أقر بمال.. لزمه بعد عتقه)؛ لأن المانع من المطالبة في الحال: حق المولى، وقد زال بعد عتقه، فيؤاخذ به.

(وإن) أقر على نفسه **(بحد أو قود)**؛ أي: قصاص **(.. لزمه في الحال)**، ولا يتأخر إلى ما بعد الموت.

وقال زفر: لا يصح إقراره بهما إذا كان محجوراً عليه؛ لأنه لو صح.. يلزمه منه إتلاف مال المولى، فلا يصح؛ كما لو أقر بدين.

ولنا: أن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الحد والقصاص؛ لأنهما من خواص الإنسانية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي، وإن كان مملوكاً من حيث إنه مال.

وَلَا يُحْجَرُ على السَّفِيهِ وإِنْ كَانَ مبذِّراً.

وَمَن بلغَ غيْرَ رشيدٍ.. لَا يُسلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ مَا لم يبلغْ سِنُّهُ خمْساً وَعشْرينَ.

فَإِذا بلغَهَا.. دُفِعَ إِلَيْهِ وإِنْ لم يُؤنَسْ رُشدُهُ.

وإِنْ تصَّرفَ فِيهِ قبلَ ذَلِكَ.. نَفَذَ.

وَعِنْدَهُمَا: يُحْجَرُ على السَّفِيهِ، وَلَا يُدْفعُ إِلَيْهِ مَالُهُ مَا لم يُؤنَسْ رشْدُهُ.

ولهذا.. لا يصح إقرار المولى بهما عليه، ولا يملك سفك دمه؛ فإذا بقي على أصل الحرية فيهما.. ينفذ إقراره لأنه أقر بما هو حقه، وبطلان حق المولى ضمني.

فإن قيل: قوله ﷺ: «لا يملك العبد شيئاً إلا الطلاق»: يقتضي أنه لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص.

قلنا: لما بقي على أصل الحرية في حقهما.. يكون من قبيل إقرار الحر، لا من قبيل إقرار العبد.

(**ولا يحجر على السفيه**)، السفه في اللغة: خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل.

ثم غلب في عرف الفقهاء: على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع، وإليه أشار بقوله: (**وإن**) وصلية (**كان مبذراً**)؛ أي: متلفاً ماله لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً؛ كشراء الحمام الطيار بثمن غال ونحوه.

(**ومن بلغ غير رشيد.. لا يسلم إليه ماله، ما لم يبلغ سنه خمساً وعشرين**) سنة؛ (**فإذا بلغها.. دفع إليه**) ماله (**وإن**) وصلية (**لم يؤنس رشده**).

(**وإن تصرف فيه**)؛ أي: في ماله (**قبل ذلك**)؛ أي: قبل بلوغه إلى خمس وعشرين سنة بعد أن بلغ (**.. نفذ**) تصرفه. هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وعندهما**) ـ والشافعي معهما ـ: (**يحجر على السفيه، ولا يدفع إليه**) بعد بلوغه (**ماله ما لم يؤنس رشده**) وإن بلغ إلى خمس وعشرين فصاعداً.

وَلَا يَصِحُّ تصرُّفُهُ فِيهِ؛ ....

(ولا يصح تصرفه فيه).

واعلم: أن الخلاف ههنا في مسألتين:

إحداهما: في أن السفيه هل يحجر أم لا؟

والثانية: في أن الصبي إذا بلغ غير رشيد.. هل [٥٦٧/أ] يسلم إليه ماله أم لا يسلم؟

• **أما الأولى**: فقال أبو حنيفة: لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً يتلف ماله فيما لا مصلحة فيه؛ كالإلقاء في البحر أو الإحراق بالنار ونحوهما.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله في تصرفات تتصل بماله.

ولا يصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والهبة والصدقة والإقرار بالمال.

ولا يحجر في تصرفات لا تتصل بماله كالإقرار بالحدود والقصاص، ولا في تصرفات تتصل بماله لكنها تصح مع الهزل؛ كالنكاح والطلاق والعتاق؛ فإن الحجر لا يؤثر في هذه التصرفات عندهما أيضاً.

وقال الشافعي: يحجر عليه؛ نظراً له كالصبي؛ فإنه يمنع عن التصرف في ماله نظراً له، فكذا السفيه؛ لأنه محل نظر له كالصبي، بل هو منه أشد؛ لأن الثابت في حق الصبي: احتمال التبذير، وفي حق السفيه: حقيقة التبذير، ويدل عليه: أنه منع منه ماله.

والظاهر: أن منع ماله منه لا يفيد بدون الحجر؛ لأنه قد يتلف بلسانه ما منع من يده، فلا بد من الحجر عليه؛ حتى يفيد منع ماله منه.

ولأبي حنيفة: أنه حر مكلف عاقل مخاطب، وكل من هو كذلك.. لا يحجر عليها كالرشيد، كيف وإن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد

ضرراً من التبذير، ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى.

حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام؛ كالحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس.. جاز فيما يروى عنه؛ إذ هو دفع الأعلى باختيار الأدنى.

بخلاف منع ماله عنه، لأن منع ماله عنه إنما هو بطريق العقوبة عليه؛ ليكون زجراً له عن التبذير، والحجر أبلغ منه في العقوبة؛ لما فيه من سلب ولايته وإهدار آدميته.. فلا يقاس على:

منع ماله؛ لأنه قياس مع الفارق.

ولا على: الصبي أيضاً؛ لأن الصبي عاجز عن النظر لنفسه.

والسفيه قادر عليه.

نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة ـ وهب العقل ـ والجري بخلافه إنما هو بسوء اختياره فكان قياساً مع الفارق أيضاً؛ لأنه قياس القادر على العاجز.

وأما منع ماله عنه بدون الحجر.. فمفيد؛ لأن غالب السفه إنما يكون في الهبات والصدقات، وذلك يقف على اليد؛ فإذا لم يكن في يده شيء.. يمتنع عن ذلك، وإن فعل بدون شيء من المال في يده.. لم يفد، فكان المنع بلا حجر مفيداً.

وإذا عرفت هذا.. فاعلم: أن قاضياً [٥٦٧/ب] لو حجر على سفيه بناء على رأيه، ثم رفع حكمه إلى قاض آخر، فأبطل حجره بناء على رأيه أيضاً وأطلق.. جاز إطلاقه.

وكذا: تصرف السفيه، وكان الواجب أن لا يجوز إطلاقه؛ لأن قضاءه لاقى فصلاً مجتهداً فيه، ونقضه: باطل، وإنما جاز ذلك؛ لأن الحجر من القاضي للأول، فتوى منه لا قضاء؛ لأن القضاء لفصل الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لأحدهما على الآخر، ولم يوجد ذلك؛ إذ ليس هنا مقضياً له.

سلمنا وجود المقضي له على احتمال أن يجعل السفيه مقضياً له من حيث

الحجر نظراً له، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه؛ فإن أبا حنيفة لم يقل به.. فلا بد من الإمضاء حتى يلزمه؛ لأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء.. لا يلزمه، ولا يصير مجمعاً عليه؛ إذ لو كان الاختلاف موجوداً قبل القضاء.. يتأكد أحد القولين بالقضاء، فلا ينقض بعد ذلك.

وأما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء.. فلا بد من قضاء قاضٍ آخر حتى يصير مجمعاً عليه.

هذا تفصيل ما ذكره في «الهداية».

واعترض عليه: بأن الاختلاف هنا موجود قبل القضاء؛ فإن محمداً يرى حجره بنفس السفه، ولا ينفذ تصرفاته أصلاً، فيصير القضاء به على هذا التقدير: قضاء بقول محمد، فيتأكد قوله بالقضاء، بخلاف القضاء على الغائب؛ فإن الاختلاف فيه في نفس القضاء: هل يجوز أم لا؟

فعندنا: لا ينفذ.

وعند الشافعي: يجوز، فيحصل الاختلاف بالقضاء.. فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء.

• **وأما الثانية**: فقال أبو حنيفة: إذا بلغ الغلام سفيهاً غير رشيد.. منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة، وتصرفاته قبل ذلك نافذة؛ لأنه لا يحجر عنده كما تقدم في المسألة الأولى؛ فإذا بلغ ذلك السن.. سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد.

وقالا: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه في ماله؛ لأن علة المنع: السفه، فيبقى الحكم ببقاء علته كالصبا.

ولأبي حنيفة: أن منع ماله عنه: بطريق التأديب، ولا تأديب بعد خمس وعشرين سنة ظاهراً وغالباً؛ لأنه في هذه المدة: يصير جداً باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال:

فَإِنْ بَاعَ.. لَا ينَفُذُ، وإِنْ فِيهِ مصلحَةٌ.. أَجَازَهُ الْحَاكِمُ.

وهو اثني عشر سنة، وأقل مدة الحمل: وهو ستة شهر، وإذا لم يبق قابلاً للتأديب.. لا فائدة في المنع، فلزم الدفع.

ولأن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا؛ لأن العادة وجدانه في أوائل البلوغ، ثم ينقطع بتطاول المدة، وقدر ذلك بخمس وعشرين [٥٦٨/أ] سنة.

ولهذا قال أبو حنيفة: إن بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً.. لا يمنع عنه المال؛ لأنه ليس بأثر الصبا.

(**فإن باع**) تفريع على قول الإمامين (.. **لا ينفذ**) بيعه؛ لأنه محجور عليه، وبيع المحجور عليه: لا ينفذ، بل يكون موقوفاً على المصلحة.

(**وإن**) وجد (**فيه مصلحة**)؛ بأن كان بمثل القيمة، أو كان البيع رابحاً، وكان الثمن باقياً في يده (.. **أجازه**) ـ أي: بيعه ـ (**الحاكم**)؛ لما فيه من المصلحة.

وإن كان الثمن أقل من مثل القيمة، أو كان البيع خاسراً.. لم يجزه الحاكم؛ لما فيه من الضرر له.

والقاضي نصب ناظراً فيتحرى المصلحة فيه، ولذا: توقف البيع على إجازته.

ولو باع قبل حجر القاضي.. جاز عند أبي يوسف؛ لأنه لا بد من حجر القاضي عنده؛ لأن الحجر دائر بين الضرر ـ وهو إهدار آدميته ـ وبين النظر له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان.. فلا بد من مرجح، وهو القضاء؛ فإذا لم يوجد.. لم يكن محجوراً، فيجوز بيعه.

وعند محمد: لا يجوز؛ لأنه يبلغ محجوراً عنده؛ إذ العلة ـ هو السفه ـ بمنزلة الصبا، وهو موجود قبل القضاء، فيترتب عليه حكمه، وهو: الحجر، وبيع المحجور: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف: إذا بلغ رشيداً، ثم صار سفيهاً.. عند أبي يوسف: لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي.

وإِنْ أَعَتَقَ.. نفذَ، وسعَى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ، وإِنْ دبّر.. صَحَّ.
فإِنْ مَاتَ قبلَ رُشدِهِ.. سعى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ مُدبَّراً.

وعند محمد: يصير محجوراً بمجرد السفه.

(وإن أعتق) بعد الحجر (.. نفذ) عتقه عندهما ، وكذلك عند أبي حنيفة.

أما عندهما: فلما ذكر: من أن السفيه لا يحجر في تصرفات تصح مع الهزل.

وأما عنده: فلما تقدم أيضاً: أنه لا حجر على السفيه مطلقاً عنده.

وقال الشافعي: لا ينفذ عتقه.

(وسعى العبد في قيمته) عند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول؛ لأن الحجر على السفيه: كالحجر على المريض؛ فإنه لأجل النظر لغرمائه وورثته.

ثم هناك إذا أعتق عبداً.. وجبت عليه السعاية لغرمائه في قيمته، أو لورثته في ثلثي قيمته إن لم يكن عليه دين ولا مال له غيره؛ لأن الرد واجب لمعنى النظر، وتعذر رد عينه، فترد قيمته معنى بإيجاب السعاية، فكذا هنا.

وفي قول أبي يوسف الأخير - وهو رواية عن محمد -: ليس عليه سعاية؛ لأنه لو سعى.. لسعى لمعتِقه، والمعتَق لا تلزمه السعاية لحق معتِقه، وإنما تجب السعاية لأجل غيره.

(وإن دبر.. صح) تدبيره؛ لأنه يوجب حق العتق، فيعتبر بحقيقة العتق، إلا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حياً؛ لأنه باق على ملكه.

(فإن مات) المولى (قبل رشده.. سعى العبد في قيمته مدبراً)؛ لأنه بموت المولى: عتق وهو مدبر، والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبراً، ألا ترى: أن صحيحاً لو دبر [٥٦٨/ب] عبده في صحته، ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته.. فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبراً لغرمائه.

قيل: ينبغي أن يسعى في قيمته قنا؛ لأن العتق حصل بالتدبير السابق، وهو في تلك الحالة توجب السعاية قنّا؛ كما لو أعتقه.

وَيصِحُّ تزَوُّجُهُ بِمهْرِ الْمثلِ، ....

وأجيب: بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله، إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورةً، فلا يظهر سببه في إيجاب السعاية عليه قنا، وإنما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته؛ لأن الثابت بالضرورة يقدر بقدرها.

قيل: سلمنا ذلك، لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته؛ لأن التدبير وصية، وفيها: يسعى العبد كذلك.

وأجيب: بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير، ألا ترى: أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير.

ولو ولدت جاريته، فادعاه.. يثبت نسبه منه، وكان الولد حراً، والجارية أم ولد له؛ لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله، وإبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته، فألحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد.

فإن مات بعد هذه الدعوة.. كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لأحد وإن مات مديوناً.

وإن لم يعلم لها ولد منه وقال: هذه أم ولدي.. كانت بمنزلة أم الولد؛ لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير، فلا يقدر على بيعها، وإن مات.. سعت في جميع قيمتها؛ لأنه كالإقرار بالحرية؛ إذ ليس لها شهادة الولد، فصار كأنه قال: أنتِ حرة، فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته.

بخلاف الفصل الأول؛ لأن الولد شاهد لها في إبطال حق الغير، فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه. كذا في «العناية».

(**ويصح تزوجه**)؛ لأن النكاح مما لا يبطل بالهزل، فكذا بالحجر، ولأنه من الحوائج الأصلية؛ لبقاء نسله.

(**بمهر المثل**).

أما المهر: فلأنه من ضرورات النكاح.

وَإِن سمَّى أَكثرَ.. بطلتِ الزِّيَادَةُ.

وأما المثل: فلأنه لا ضرورة في الزيادة عليه، وإنما لزم بالتسمية، ولا نظر له فيه، فلم تصح الزيادة وإليه أشار بقوله:

(**وإن سمى أكثر.. بطلت الزيادة**) على مهر المثل؛ لعدم النظر له فيها.

أشار بالبطلان: إلى أن الزيادة ههنا: غير معتبرة أصلاً؛ لا في جميع المال، ولا في الثلث.

بخلاف المريض الذي تزوج في مرض موته بأكثر من مهر مثلها.. فإن الزيادة فيها على مهر مثلها غير معتبرة من جميع ماله، بل تعتبر من الثلث؛ فإن خرجت من الثلث.. أخذتها المرأة، وإلا.. فلا.

ولو طلقها قبل الدخول.. وجب لها نصف المهر في ماله؛ لأن [٥٦٩/أ] التسمية صحيحة إلى مقدار مثلها.

قال في «قاضي خان»: والمرأة المحجورة: بمنزلة الرجل المحجور؛ فإن زوجت المحجورة نفسها من رجل كفؤ.. يجوز نكاحها.

فإن قصرت عن مهر مثلها.. قال أبو حنيفة: يخير الزوج؛ إن شاء.. كمّل مهر مثلها، وإن شاء.. فارقها.

وقالا: يجوز النكاح بما زوجت، ولا يخير الزوج.

ولو أن المحجورة بعدما زوجت نفسها اختلعت من زوجها على مال.. يقع الطلاق، ولا يلزمها المال؛ لأنها لا تملك التزام المال بدلاً عما ليس بمال، وبضعها ليس بمال عند الخروج.

وهل يكون هذا الطلاق بائناً أو رجعياً؟

ذكر في الكتاب: أنه يكون رجعياً؛ لأنه طلاق لا يقابله البدل أصلاً، فيكون رجعياً، وهي كالصغيرة: إذا اختلعت من زوجها على مال.. يكون رجعياً.

بخلاف الأمة إذا كانت تحت زوج، فاختلعت على مال.. فإن الطلاق يكون

وَتُخرَجُ زَكَاةُ مَالِ السَّفِيهِ، وَيُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهِ، وعَلى من تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، ....

بائناً؛ لأنها من أهل الالتزام؛ فإن فعلت ذلك بإذن المولى.. يجب المال في الحال، وإن كان بغير إذن المولى.. كان عليها المال بعد العتق.

والطلاق ببدل يكون بائناً، حتى لو كانت الأمة محجورة، فاختلعت نفسها على مال.. يكون الطلاق رجعياً لا يجب عليه المال لا في الحال ولا بعد العتق.

(**وتخرج زكاة مال السفيه**)؛ لأنها واجبة عليه، فلا تسقط بالسفه.

(**وينفق منه**)؛ أي: من ماله (**عليه**)؛ أي: على السفيه.

(**وعلى من تلزمه**)؛ أي: السفيه (**نفقته**) من أولاده وزوجته وذوي أرحامه؛ لأن إحياء نفسه وأولاده وزوجته من حوائجه الأصلية فيصرف من ماله.

والإنفاق على ذوي أرحامه الذين لزمت نفقتهم عليه: واجبة عليه لحق القرابة.

والأصل ههنا: أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الإسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب عليه نفقته.. فالسفيه والمصلح فيه سواء؛ لأنه مخاطب.

وبالسفه: لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا من حقوق الناس.. فلا يسقط شيء من هذه الحقوق بالسفه، لكنه لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها.

ولا في غير القريب: لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه.. فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد؛ فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب.. قبل قولهما؛ لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب بكونه من حوائجه، لكن لا بد من إثبات [٥٦٩/ب] عسرة المقر له لما ذكرناه.

والإقرار بالزوجية: صحيح، ويجب مهر المثل والنفقة.

بخلاف ما إذا أوجب على نفسه شيئاً باليمين أو النذر أو الظهار.. حيث لا

وَيَدْفَعُ القَاضِي قدرَ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ ليؤدِّيَ بِنَفسِهِ، ويوكِّلُ عليه أَميناً إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَهَا.

فإِنْ أَرَادَ حُجَّةَ الْإِسْلَامِ.. لَا يُمْنَعُ مِنْهَا، وَلَا من عُمْرَةٍ وَاحِدَةٍ.

وتُدْفَعُ نَفَقَتُهُ إِلَى ثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي الطَّرِيقِ، لَا إِلَيْهِ.

وَتَصِحُّ مِنْهُ الْوَصِيَّةَ بِالْقُرَبِ، وأَبوابِ الْخَيْرِ مِنَ الثُّلُثِ.

يلزمه المال، بل يكفر ليمينه وظهاره بصوم لكل حنث: ثلاثة أيام متتابعات، وعن ظهار: شهرين متتابعين وإن كان مالكاً للمال وقت التكفير.

(**ويدفع القاضي قدر الزكاة إليه**)؛ أي: إلى السفيه (**ليؤدي بنفسه**)؛ لأن الواجب عليه: الإيفاء، وهو: عبارة عن فعل يفعله هو عبادة مع النية.

(**ويوكل عليه**) ـ أي: على السفيه ـ أي يدفع القاضي معه (**أميناً إلى أن يؤديها**)؛ كيلا يصرف إلى غير المصرف.

ويسلم القاضي النفقة المفروضة إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى النية، فاكتفي فيها بفعل الأمين.

بخلاف الزكاة؛ فإنها تحتاج إلى النية.. فلا يكتفى فيها بفعل الأمين، بل يفعلها السفيه بنفسه.

(**فإن أراد حجة الإسلام**)؛ أي: الفرض (.. **لا يمنع منها**)؛ لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى، والسفه لا يؤثر في إسقاط ما أوجبه الله تعالى.

(**ولا من عمرة واحدة**) استحساناً؛ لاختلافهم في وجوبها، فيمكن منها احتياطاً.

بخلاف ما زاد على الحج الواحد والعمرة الواحدة من الحج.

(**وتدفع نفقته**)؛ أي: نفقة السفيه في طريق الحج (**إلى ثقة ينفق عليه في الطريق، لا إليه**)؛ كي لا يبذر، ولا يسرف.

(**وتصح منه**)؛ أي: من السفيه (: **الوصية بالقُرَب**)؛ أي: ما يتقرب به إلى الله تعالى (**وأبواب الخير من الثلث**)؛ لأن نظره في ثلث ماله؛ لأنها حالة انقطاعه عن ماله.

ويحجرُ على الْمُفْتِي الماجنِ، والطَّبيبِ الْجَاهِلِ، والمُكاري الْمُفلِسِ اتِّفَاقاً.

وَلَا يُحْجَرُ على فَاسِقٍ، ....

(ويحجر على المفتي الماجن)؛ أي: من يعلم الناس بالحيل، أو يفتي عن جهل، وهذا لأنه يفسد على الناس دينهم، ففي منعه: دفع الضرر العام.

(والطبيب الجاهل)؛ لأن فيه إفساد أبدان الناس، ففي منعه: دفع الضرر العام أيضاً.

وهل يضمن إذا أتلفه بعلاجه؟

ففي «الفتاوى»: رمدت عين رجل، فعالجها بأمره طبيبٌ، فزالت منفعة عينه بالكلية:

فإن ثبت أنه طبيب حاذق في الطب وأنه عالجه على المعتاد.. لا ضمان عليه.

وإن ثبت أنه طبيب جاهل عالجه على خلاف المعتاد.. ضمن له دية عينه.

والأصل ههنا: أن الطبيب والجرّاح والفصّاد والحجّام ليس عليهم ضمان السراية إذا لم يعالجوا ولم يقطعوا زيادة على قدر المعتاد المعهود المأذون فيه.

فإن شرط على هؤلاء: الفعل السليم دون الساري.. فالشرط فاسد؛ لأنه ليس في وسعهم ذلك، كذا في ضمانات «العمادية» و«الفصولين».

(والمكاري المفلس)؛ لأنه يتلف أموال الناس [٥٧٠/أ]؛ فإن ماتت حمولته في المفازة، وليس له حمولة أخرى، ولا يمكنه شراء أخرى ولا استئجارها.. فيؤدي إلى إتلاف أموال الناس، فيلزم منعه.

(اتفاقاً) قيد للثلاثة.

(ولا يحجر على فاسق)، الفسق الأصلي والطارئ: فيه سواء. هذا قول الإمامين عن علمائنا.

وقال الشافعي: يحجر على الفاسق.

ومغفَّلٍ إِذا كَانَ مصلِحاً لمَالِهِ.

وَلَا على مديونٍ، وَلَا يَبِيعُ القَاضِي مَالَهُ فِيهِ، بل يحْبِسُهُ أَبداً حَتَّى يَبِيعَهُ هُوَ بِنَفسِهِ.

ومعنى الخلاف: على أن الحجر عنده: للزجر والعقوبة، والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وإن كان مصلحاً للمال.

وعندهما: الحجر للنظر على المحجور عليه في ماله؛ فإذا كان مصلحاً بماله.. لم يبق عليه حجر.

(**ومغفل**)؛ أي: من يغبن في التجارات (**إذا كان**) كل من الفاسق والمغفل (**مصلحاً لماله**)؛ لما ذكرناه: أن الحجر للنظر له؛ فإذا كان مصلحاً.. لم يبق عليه حجر.

(**ولا على مديون**) بسبب دينه ولو طلب غرماؤه الحجر عليه، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم، وهو ضرر فوق ضرر الدين، فلا يختار الأعلى لدفع الأدنى.

(**ولا يبيع القاضي ماله**)؛ أي: مال المديون (**فيه**)؛ أي: في دينه، (**بل يحبسه أبداً حتى يبيعه هو بنفسه**)؛ لأن الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيحبسه القاضي دفعاً لظلمه إيصالاً للحق إلى مستحقه؛ لأنه نصب ناظراً، ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع؛ لأن المقصود من ذلك: الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان؛ إن شاء ببيع ماله، وإن شاء بسبب آخر.

بخلاف ما إذا باع القاضي ماله.. فإنه حجر عليه.

وقال أبو يوسف: القاضي ينصب وكيلاً ويحكم، كما في «قاضي خان»؛ حيث قال: رجل عليه دين ثبت بإقراره أو ببينة قامت عليه عند القاضي، فغاب المطلوب قبل الحكم وامتنع عن الحضور، قال أبو يوسف: ينصب القاضي عنه وكيلاً، ويحكم عليه بالمال إذا سأل الخصم ذلك. انتهى.

فَإِن كَانَ مَالُهُ مِن جنسِ دَينِهِ.. أَدَّاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ.

وَيبِيعُ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ بِالْآخَرِ استسحاناً.

وَعِنْدَهُمَا: يُحْجَرُ عَلَيْهِ إِن طلبَ غرماؤُهُ.

وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصرُّفِ وَالْإِقْرَارِ، وَيبِيعُ الْحَاكِمُ مَالَهُ إِنِ امْتنعَ، وَيقسِمُهُ بَينَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ.

وإِنْ أَقرَّ حَالَ حَجرِهِ.. لزمَهُ بعدَ قَضَاءِ دُيُونِهِ، لَا فِي الْحَالِ.

وَينْفَقُ مِن مَالِ الْمُفلِسِ عَلَيْهِ، ....

(فإن كان ماله من جنس دينه.. أداه الحاكم منه)؛ أي: بلا أمر له؛ لأن للغرماء حق الأخذ من جنس حقهم بلا رضاه، فكذا للقاضي.

(ويبيع) القاضي (أحد النقدين بالآخر)؛ أي: يبيع الدنانير لدراهم دينه (استحساناً)؛ لاتحادهما في الثمنية والنقدية.

(وعندهما: يحجر عليه)؛ أي: على المديون (إن طلب غرماؤه) الحجر عليه، (ويمنع) القاضي المديونَ (من التصرف) في ماله؛ نظراً للغرماء (والإقرار)؛ لما ذكرناه.

(ويبيع الحاكم ماله إن امتنع) المديون عن البيع بنفسه.

(ويقسمه) أي الثمن (بين غرمائه بالحصص)؛ إيصالاً للحق إلى مستحقه.

(وإن أقر) المديون بمال أو دين لإنسان [٥٧٠/ب] (حال حجره.. لزمه)؛ أي: لزم ما أقرّ به (بعد قضاء ديونه)؛ لأن المديون لما حجر للغرماء.. تعلق حقهم بما في يده، فلا يملك إبطاله بالإقرار لغيرهم بعد هذا، لكن ينفذ إقراره على نفسه، فلزمه بعد قضاء حق الغرماء.

(لا في الحال)؛ لما ذكرناه.

(وينفق من مال المفلس: عليه)؛ أي: على المديون المفلس المحجور من ماله.

وعَلى مَن تلْزمُهُ نَفقَتُهُ.

وَالْفَتْوَى: على قَوْلِهمَا فِي بيعِ مَالِهِ لامتناعه.

وَتُبَاعُ النُّقُودُ، ثمَّ الْعُرُوضُ، ثمَّ الْعقارُ، وَيُتْركُ لَهُ دُستٌ مِن ثِيَابِ بَدَنِهِ.

وَقيل: دُستانِ.

وَمَن أَفلسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعُ رَجُلٍ شراهُ مِنْهُ.. فَرَبُّ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فِيهِ.

(**وعلى من تلزمه نفقته**) من أولاده وزوجته وذوي أرحامه لما ذكرناه في السفيه.

(**والفتوى: على قولهما في بيع ماله**)؛ أي: مال المديون المحجور من ماله؛ (**لامتناعه**) عن بيعه.

(**وتباع النقود، ثم العروض**)؛ يعني: يباع أحد النقدين بالآخر للدين؛ لأنه أقرب إلى الدين؛ فإن فضل شيء من الدين.. باع العروض.

(**ثم العقار**).

(**ويترك له دست من ثياب بدنه**)، قال في «المصباح»: الدست من الثياب: ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه.

(**وقيل: دستان**)؛ لأنه إذا غسل ثوبه.. لا بد له من ثوب؛ يعني: يترك له دست أو دستان فيباع الباقي للدين.

(**ومن أفلس وعنده متاع رجل شراه منه.. فرب المتاع أسوة الغرماء فيه**)؛ يعني: يشارك البائع سائر الغرماء في قيمة المتاع؛ لما أخرجه الدارقطني مرفوعاً: «إيّما رجل باع سلعته فأدركها عند رجل قد أفلس.. فماله بين غرمائه».

خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: البائع أولى، وهو محجوج عليه بما روينا.

بخلاف المرتهن؛ فإنه أحق بالرهن في قدر دينه، والزائد للغرماء.

* * *

(فصلٌ)

يُحكَمُ ببلوغِ الْغُلَامِ: بالاحتلامِ، أَوِ الْإِنْزَالِ، أَو الإحبالِ.

وببلوغِ الْجَارِيَةِ: بِالْحيضِ، أَوِ الِاحْتِلَامِ، أَوِ الْحَبل.

فإِنْ لم يُوجدْ شَيْءٌ مِن ذَلِكَ.. فَإِذا تَمَّ لَهُ ثَمَانِي عشْرَةَ سنةً، وَلها سبْعَ عشْرَةَ سنةً.

وَعِنْدَهُمَا: إِذا تَمَّ خمْسَ عشرَةَ سنةً فيهمَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ، وَبِه يُفْتى.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ حَدِّ البُلُوغِ

وهو: تارة يكون بالعلامة، وتارة يكون بالسن:

فإلى الأول أشار بقوله: (**يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام أو الإنزال أو الإحبال**) إذا وطئ.

والأصل: هو الإنزال، إلا أن الإحبال لا يكون إلا مع الإنزال فجعل كل منهما علامة.

(**وببلوغ الجارية: بالحيض أو الاحتلام أو الحبل**) إذا وطئت.

(**فإن لم يوجد شيء من ذلك**)؛ أي: شيء من المذكور من العلامات؛ (**فإذا تم له**)؛ أي: للغلام هذا بيان حد البلوغ السني في الغلام والجارية: (**ثماني عشرة سنة**).. يحكم ببلوغه.

(و) إذا تم (**لها**)؛ أي: للجارية: (**سبع عشرة سنة**).. يحكم ببلوغها. هذا عند أبي حنيفة على ما ذكره صدر الإسلام أبو اليسر.

(**وعندهما: إذا تم خمس عشرة سنة فيهما**)؛ أي: يحكم ببلوغهما.

(**وهو**)؛ أي: قول الإمامين: (**رواية عن الإمام، ويه يفتى**)؛ لقصور أعمار أهل هذا الزمان، كذا علله صدر الإسلام.

هذا أكثر المدة.

وَأَدنى مدَّتِهِ لَهُ: ثِنْتَا عَشْرَةَ سنةً، وَلها: تسعُ سِنِين.

وَإِذا راهقا وَقَالا: بلغنَا.. صُدِّقا، وَكَانَا كَالْبَالِغِ حكماً.

(وأدنى مدته)؛ أي: مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه:

(له)؛ أي: للغلام: (ثنتا عشرة سنة) [١٧٥/أ].

(ولها)؛ أي: للجارية: (تسع سنين) بالاتفاق.

(وإذا راهقا)؛ أي: دنا للحلم وأشكل أمرهما في البلوغ ولم يعلم ذلك منهما (وقالا: بلغنا.. صدقا، وكانا كالبالغ حكماً)؛ لأن البلوغ معنى لا يعرف إلا من جهتهما؛ فإذا أخبرا ولم يكذبهما الظاهر.. قُبِلَ قولهما فيه؛ كما قبل قول المرأة في الحيض. كذا في «الهداية».

وقال في «قاضي خان»: رجل له امرأة ابنة أربع عشرة سنة، وغلام ابن أربع عشرة سنة أيضاً، فقال للمرأة: إذا حضت فأنت طالق، وقال للغلام: إذا احتلمت فأنت حر، فقالت المرأة: قد حضت، وقال الغلام: قد احتلمت.. قال: تصدق المرأة، ولا يصدق الغلام.

وقال في قسمة «فتاوى الفضلي»: صبي أقر أنه بالغ، وقاسم الوصي؛ فإن كان مراهقاً.. جازت قسمته ولم يقبل قوله بعده أنه كان غير بالغ.

وإن لم يكن مراهقاً ويعلم أن مثله لا يحتلم.. لم تجز قسمته، ولا يقبل قوله أنه بالغ.

قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: وبهذه المسألة تبين أن بعد ثنتي عشرة سنة: يشترط شرط آخر لصحة الإقرار بالبلوغ وهو: أن لا يكون بحال يحتلم مثله، وكلام المصنف خالٍ من هذا القيد.

وقال في «العمادي»: قبل ثنتي عشرة سنة لا يصح إقراره بالبلوغ البتة، وبعد ثنتي عشرة سنة؛ إن كان مثله يحتلم عادة.. يصح إقراره.

* * *

(كتاب المأذون)

(كِتَابُ الْمَأْذُونِ)

الْإِذْنُ: فكُّ الْحَجرِ، وَإِسْقَاطُ الْحَقِّ، ثمَّ تَصَرُّفُ العَبْدِ بأَهليَّتِهِ، فَلَا تلْزمُ سَيِّدَهُ عهدتُهُ.

(كِتَابُ المَأْذُونِ)

ذكره عقيب كتاب الحجر؛ لأن الإذن يقتضي سبق الحجر، فناسب أن يذكره بعده.

(الإذن): في اللغة: الإعلام.

وفي الشرع: (فك الحجر وإسقاط الحق)؛ لأنه لا يقبل التأقيت والتخصيص؛ فإنه لما كان تصرف المأذون بحكم مالكيته الأصلية العامة لجميع الأوقات والأمكنة وأنواع التجارات.. لا يختص بمكان ووقت ونوع من التجارات.

وكل ما لا يختص ولا يتوقت.. فهو من قبيل الإسقاط، فهذا: من قبيل الإسقاط لحق المولى؛ إذ الإسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق.

وههنا: المولى إذا أذن لعبده في التجارة.. أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله محجوراً قبل الإذن.

(ثم تصرف العبد)؛ أي: تصرفه بعد الإذن: **(بأهليته)** الأصلية؛ لأن الرقية عارضة؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، وإنما عرضه الرقية لشآمة الكفر، وبعد عروضه.. يبقى أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز؛ لأنه من آثار الآدمية، وبعروض الرق: لا يخرج عن الآدمية.

لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك حق المولى، فحجر عليه لحق المولى كي لا يبطل حقه.. فلا بد من إذنه [٥٧١/ب]؛ فإذا أذن.. زال المانع عن التصرف، فظهرت أهليته الأصلية، فتصرف بها.

(فلا تلزم سيده عهدته)، تفريع على كون تصرفه بأهليته الأصلية، وهذا: لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون: الشراء؛ لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في

وَلَا يتوقَّتُ؛ فَلَو أذِنَ لَهُ يَوْماً.. فَهُوَ مَأْذُونٌ دَائِماً، إِلَى أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ.

وَلَا يتخصَّصُ؛ فَإِذا أَذِنَ فِي نَوعٍ مِنَ التِّجَارَةِ.. كَانَ مَأْذُوناً فِي سَائِرِ الْأَنْوَاعِ.

الشراء: متصرف لنفسه لا للمولى؛ لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب.. حبس وذمته خالص حقه لا محالة.

ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص.. صح وإن كذبه المولى؛ فإذا كان تصرفه لنفسه.. لا تلزم عهدته سيدَه.

(**ولا يتوقت**) بزمان أو مكان، هذا تفريع على كونه إسقاطاً، ففيه نشر على خلاف ترتيب اللف، وهذا لأن الإسقاط لا يتوقت بشيء منها؛ مثل الطلاق والعتاق كما تقدم.

(**فلو أذن**) ـ تفريع على عدم توقته ـ (**له**)؛ أي: لعبده (**يوماً.. فهو مأذون دائماً إلى أن يحجر عليه**).

(**ولا يتخصص**) بنوع من التجارات، وهذا من تفريع كونه إسقاطاً أيضاً.

بخلاف التوكيل؛ فإنه إنابة لا إسقاط، فيقبل التوقيت و التخصيص.

وكذا إذن القاضي يقبلهما؛ لأنه بمنزلة التوكيل، على ما في «قاضي خان».

(**فإذا أذن في نوع من التجارة.. كان مأذوناً في سائر الأنواع**)؛ لأن جميع الأزمنة والأمكنة وأنواع التجارات متساوية بالنسبة إلى أهليته الأصلية، وقد تقدم: أن تصرفه بعد الإذن بأهليته؛ فإذا لم يكن موقتاً، ولا مخصصاً.. فلا يعتبر التقييد بواحد منها؛ لعدم الفائدة في التقييد بها.

فإن قيل: المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك؛ إذ لا يملك شيئاً مما اشتراه بعد الإذن، بل الملك لمولاه، فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف أيضاً؛ لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها، وهو ليس بأهل له.

وَيثبتُ صَرِيحاً وَدلَالَةً؛ بأَنْ رأَى عَبدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسكتَ؛ سَوَاءٌ كَانَ البيعُ للْمولى أَو لغيرِه، بأَمْرِهِ أَو بِغَيْرِ أمرِهِ، صَحِيحاً أَو فَاسِداً.

أجيب: بأن حكم التصرف: ملك اليد لا ملك الرقبة، والرقيق أصيل في ملك اليد، فيستقيم.

(ويثبت) الإذن (صريحاً)؛ بأن يقول المولى لعبده: أذنت لك في التجارة.

(ودلالة؛ بأن رأى عبده يبيع ويشتري فسكت) المولى ولم ينَه.. يصير العبد مأذوناً عندنا؛ (سواء كان البيع للمولى أو لغيره بأمره)؛ أي: بأمر المولى.

ويجوز إرجاعه إلى الغير أيضاً.

(أو بغير أمره) بيعاً (صحيحاً أو فاسداً)، هكذا ذكره في «الهداية»؛ معللاً: بأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها، فيعاملونه بالبيع والشراء بناء على ظنهم هذا، فيتضررون به عند عدم كونه مأذوناً؛ لأنه تتأخر المطالبة حينئذ إلى ما بعد العتق، وقد يعتق وقد لا يعتق، فجعلناه مأذوناً بسكوت المولى؛ دفعاً للضرر عن الناس [٥٧٢/أ].

وذكر في «قاضي خان» ما يخالف هذا؛ فإنه قال في أول كتاب المأذون: فإذا رأى المولى عبده يبيع عيناً من أعيان المال فسكت.. لم يكن إذناً.

وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت.. لا يبطل الرهن.

وروى الطحاوي: أن المرتهن إذا سكت.. كان رضاً بالبيع ويبطل الرهن.

فإن هذا: مخالف لمقتضى قوله: «سواء كان البيع للمولى».

ثم ذكر في «قاضي خان» أيضاً ما يوافق في «الهداية»؛ حيث قال: لو أمر عبده ببيع متاع غيره.. يصير مأذوناً.

ولو رأى عبده في حانوته يبيع متاعه، فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك.. كان إذناً، ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع؛ لأنه يزول عن ملكه، فلا يكون سكوته إذناً في ذلك البيع بل يكون إذناً بعده.

بخلاف ما لو رآه يشتري شيئاً فسكت.. فإن سكوته يكون إذناً في ذلك الشراء؛ لأنه يدخل في ملكه فينفذ عليه.

ولو أن رجلاً دفع إلى عبد رجل متاعاً له ليبيعه، فباعه بغير إذن المولى، فرآه المولى ولم ينهه.. كان إذناً في التجارة، ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع.

وتكلّموا في العهدة:

قال بعضهم: العهدة ترجع إلى الآمر.

وعند البعض: ترجع إلى العبد.

ولو رأى المولى عبده يشتري شيئاً بدراهم المولى أو دنانيره، فلم ينهه.. يصير مأذوناً؛ فإن نقد الثمن من مال المولى.. كان للمولى أن يسترده، وإذا استرد.. لا يبطل ذلك البيع.

ولو كان مال المولى مكيلاً أو موزوناً، فاسترد المولى.. يبطل البيع؛ بأن كان الشراء بمكيل أو موزون بعينه، وإن لم يكن بعينه واسترد المولى.. لا يبطل. الكل في «قاضي خان» مع بعض زيادة عليه.

ويمكن أن يقال: إن مراد «قاضي خان» بقوله: «فسكت.. لم يكن إذناً» مما ذكره أولاً: أنه لم يكن إذناً في بيع ذلك المال، فلا مخالفة بينه وبين ما في «الهداية».

ثم ثبوت الإذن بسكوت المولى هو مذهبنا.

وقال زفر والشافعي: لا يثبت الإذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشتري؛ لأن سكوته يحتمل الرضاء والسخط وقلة الالتفات إلى تصرفه، والمحتمل: لا يكون حجة، ولأن الإذن إنابة وتوكيل.. فلا يثبت بالسكوت؛ كما إذا رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه.. لا ينفذ ذلك عليه بسكوته.

وكذا لو رأى القاضي الصبيَّ أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت.. لا يكون إذناً له في التجارة، مع أن له أن يأذن لليتيم والمعتوه إذا لم يكن لهما ولي

وللمـأذونِ إِذْنـاً عَامّاً ـ لَا بشـرَاءِ شَـيْءٍ بِعَيْنِـه، أَو طَعَـامِ الْأَكـلِ، أَو ثِيَـابِ الْكِسْوَةِ ـ

امتنع من الإذن لهما عند طلبه.

وكذا سكوت المرتهن [٥٧٢/ب] عندما يرى الراهن يبيع الرهن.. لا يكون رضاً.

وكذا إذا رأى عبده أو أمته تتزوج، فسكت.. لا يكون إذناً منه بالتزوج.

قلنا: إن هذه التصرفات مبنية على عادات الناس، وقد جرت العادة: أن من لا يرضى بتصرف عبده.. ينهاه عنه ويؤدبه عليه؛ فإذا سكت.. دل على رضاه، فصار إذناً دلالةً؛ لأجل دفع الضرر عن الناس على ما ذكرناه آنفاً، فصار:

كسكوت النبي ﷺ عند أمر يعاينه عن الإنكار.. فإنه إذن منه فيه.

وكسكوت البكر والشفيع والولي القديم عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين.

بخلاف ما إذا سكت عندما يرى الأجنبي يبيع ماله؛ لأنه توكيل، والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه.. فلا يثبت التوكيل بالسكوت، بل لا بد له من صريح الإذن.

وكذا إذن القاضي: توكيل لا إسقاط؛ لأنه لا حق له في مال الغير؛ حتى يكون الإذن منه إسقاطاً لحقه.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه إسقاط لا توكيل كما تقدم، وسكوت المرتهن رضا في رواية الطحاوي؛ كما ذكره «قاضي خان».. فلا يصلح مقيساً عليه.

وفي تزويج العبد والأمة: ضرر عظيم على المولى.. فلا يلزمه مثل هذا الضرر بدون التصريح بالإذن.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه لا ضرر فيه في الحال، وفي المآل: جانب النفع راجح، على ما في «الزيلعي».

(**وللمأذون إذناً عاماً لا بشراء شيء بعينه أو طعام الأكل أو ثياب الكسوة**)؛ يعني: لو أذن المولى عبده إذناً عاماً؛ بأن قال: أذنت لك في التجارة، أو قال: آجر

أَن يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ ويوكِّلَ بهما، وَيُسلِمَ، وَيَقبَلَ السَّلَمَ، ويَرهنَ، ويَرتهِنَ، ويُزارِعَ، وَيَشْتَرِيَ بِذراً يزرعُهُ، ويشارِكَ عِنَاناً، ويستأجرَ ويُؤَجِّرَ وَلَو نَفسَهُ، ويضارِبَ وَيدْفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً، ويُبضِعَ، ويُعيَر، ويقرَّ بدَينٍ، ووديعةٍ، وغصبٍ.

نفسك للناس، ولم يقيده بشراء شيء بعينه أو طعام الأكل أو ثياب الكسوة، ولا بنوع من التجارة.. صار مأذوناً في جميع التجارات.

بخلاف ما لو قيده بشيء من ذلك أو بإجارة نفسه من فلان بعينه؛ بأن قال: آجر نفسك من فلان.. فإنه حينئذ لا يكن مأذوناً، بل استخداماً له، كيف ولو كان مأذوناً بهذا القدر.. يتعذر على المولى استخدامه، وهو ظاهر؟!

(أن يبيع ويشتري ويوكل) من التوكيل (بهما)؛ أي: بالبيع والشراء؛ لأنه من توابع التجارة.

(ويسلم، ويقبل السَّلَم، ويرهن، ويرتهن)؛ لأنها من توابع التجارة كالتوكيل.

(ويزارع ويشتري بذراً يزرعه).

(ويشارك عناناً)؛ لأنه من صنيع التجار؛ لأنه طريق تحصيل الربح، وليس له أن يشارك مفاوضة؛ لأنها تتضمن الكفالة والوكالة.

وهو لا يملك الكفالة لكونها تبرعاً، ولو فعل ذلك.. كان عناناً؛ لأن في المفاوضة عناناً وزيادة، فصحت بقدر ما يملكه [٥٧٣/أ] المأذون، وهو الوكالة دون الكفالة.

(ويستأجر) الأُجراء للخدمة (ويؤجر ولو) وصلية (نفسه)؛ لأن كلاً من الإيجار والاستئجار من باب التجارة.

(ويضارب)؛ أي: يقبل المال مضاربة.

(ويدفع المال) إلى الغير (مضاربة، ويبضع ويعير)؛ لما ذكرناه.

(ويقر بدين ووديعة وغصب)؛ لما ذكرناه أيضاً؛ لأنه لو لم يصح إقراره.. لم يعامله أحد، فيبطل المقصود من الإذن.

وَلَو بَاعَ أَوِ اشْترى بِغُبنٍ فَاحِشٍ.. جَازَ.

خلافاً لَهما.

وَلَو حابى فِي مرضِ مَوتِهِ.. صَحَّ مِن جَمِيعِ المَالِ إِنْ لم يَكُنْ عَلَيْهِ دَينٌ.

وفي «البزازية»: وإقرار المأذون بالديون والمغصوب، وإتلاف الودائع والعواري، والجنايات في الأموال: جائز.

وأما الإقرار بجناية توجب الدية والفداء: لا يصح محجوراً أو مأذوناً.

وإقرار المحجور بالدين أو الغصب وعين مال: لا يصح.

وفي المأذون: يصح، ويؤخذ به في الحال.

ولو أقر المأذون بمهر امرأة وصدقته.. لا يصح في حق المولى، ولا يؤخذ إلا بعد الحرية. انتهى.

(ولو باع أو اشترى بغبن فاحش.. جاز) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأن المقصود من الإذن: الاسترباح، والعقد بالغبن الفاحش: إتلاف لا استرباح، فلا يدخل تحت الإذن.. فلا يجوز؛ كما لا يجوز ذلك العقد من الأب والوصي والقاضي في مال الصغير.

ولأبي حنيفة: أن المأذون متصرف لنفسه كالحر، فيصح عقده ولو بالغبن الفاحش، بخلاف هؤلاء؛ لأن تصرفهم: للصغير، وهو مقيد بالنظر له.. فلا يجوز بالفاحش؛ لعدم النظر فيه.

(ولو حابى)؛ أي: العبد المأذون.

قال في «المصباح»: حبوت الرجل حِباء بالكسر والمد: أعطيته الشيء بغير عوض، وحاباه محاباة: سامحه، مأخوذ من حبوته إذا أعطيته. انتهى.

والمراد بالمحاباة: بيع المتاع بنقصان فاحش من قيمته.

(في مرض موته.. صح من جميع المال إن لم يكن عليه دين)؛ أي: تنفذ محاباته من جميع ماله وإن زادت على الثلث.

وإِنْ كَانَ.. فَمِن جَمِيعِ مَا بَقِي.

وإِنْ لم يبْقَ.. أَدّى المُشْتَرِي جَمِيعَ الْمُحَابَاةِ، أَو ردَّ الْمَبِيع.

(وإن كان) عليه دين (.. فمن جميع ما بقي)؛ أي: يؤدي دينه أولاً، فما بقي بعد قضاء الدين.. يكون كله محاباة؛ لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة، ولا وارث للعبد والمولى وإن كان وارثاً، إلا أنه رضي بالإذن؛ لسقوط حقه، فنفذت محاباته في جميع ما بقي من الدين.

ألا ترى: أن الوارث لو أسقط حقه في الثلثين.. لنفذ تصرف المريض في الكل.

(وإن لم يبق) شيء للدين بعد المحاباة (.. **أدى المشتري جميع المحاباة، أو رد المبيع**)؛ أي: يقال للمشتري: إما أن تؤدي جميع المحاباة، أو ترد المبيع؛ كما إذا حابى الحر في مرض موته.

قال في «الكفاية»: إن ما ذكره صاحب «الهداية» من قوله: «ولو حابى [٥٧٣/ب] العبد المأذون في مرض موته.. يعتبر من جميع ماله».. فيما إذا كان مولاه صحيحاً.

أما إذا كانت المحاباة في مرض موته.. فمحاباته بما يتغابن الناس فيه، وبما لا يتغابن فيه.. جائزة في قول أبي حنيفة من ثلث مال المولى؛ سواء كان ذلك في البيع أو في الشراء؛ لأن العبد بالإذن صار مالكاً للمحاباة مطلقاً في قول أبي حنيفة، حتى لو باشره في صحة المولى.. كان ذلك صحيحاً منه.

والمولى حين استدام الإذن بعد مرضه.. جعل تصرف العبد بإذنه كتصرفه بنفسه.

ولو باع المولى بنفسه وحابى.. يعتبر ذلك من ثلث ماله؛ سواء كانت محاباة يسيرة أو فاحشة، فكذا إذا باشره عبده.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: محاباته بما يتغابن الناس فيه: كذلك.

وأما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه: فباطل وإن كان يخرج من ثلث مال المولى؛ لأن العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالإذن له في التجارة، حتى لو

وَلهُ: أَنْ يُضيفَ مُعامِلَهُ، ويَحُطَّ مِنَ الثَّمنِ بِعَيْبٍ، ....

باشره في صحة المولى.. كان باطلاً.

وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده، ولا مال لغيره، فحابى في مرض المولى.. لم يجز محاباة العبد بشيء؛ لأن مباشرة العبد كمباشرة المولى، ومحاباة المولى عند استغراق الدين ماله: لا تجوز، فكذا محاباة عبده.

وإن لم يكن على المولى دين، وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده.. فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى؛ لأن حكم الإذن لم يتغير بلحوق الدين إياه، والمحاباة وإن جازت على الغرماء.. فإنما هي من مال المولى. انتهى.

فظهر منه: أن محاباة العبد المأذون في مرضه على أنواع؛ لأنها:

إما أن تكون في صحة المولى أو في مرضه.

- **فإن كانت في صحة المولى**، وليس على المولى ولا على العبد المأذون دين أصلاً.. فمن جميع المال.

وإن كان عليهما أو على واحد منهما.. فمن جميع ما بقي.

وإن كان على المولى دين محيط.. فالمحاباة باطلة.

وإن كان على العبد دين محيط.. فمحاباته معتبرة من ثلث المال، وهي الصورة الأخيرة مما ذكرناه من «الكفاية».

- **وإن كانت محاباته في مرض المولى**.. فهي الصورة المذكورة أولاً في «الكفاية».

(**وله**)؛ أي: للعبد المأذون: (**أن يضيِّف معامِلَه**)؛ لأن الضيافة للعامل من صنيع التجار استجلاباً لقلوب أهل حرفته، لكن قيد الضيافة في «شرح النقاية»: باليسيرة لا الكثيرة.

(**ويحط من الثمن بعيب**) مثل ما يحط التجار؛ لأنه من صنيعهم، وربما يكون

وَيَأْذَنَ لرقيقِهِ فِي التِّجَارَةِ.

لَا أَنْ يَتَزَوَّجَ، أَو يُزَوِّجَ عَبدَهُ، وَكَذَا: أَمتُهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

الحط أنظر له [٥٧٤/أ] من قبول المعيب.

بخلاف الحط منه بلا عيب.. فإنه تبرع محض لا يملكه المأذون، ولذا قيده بالعيب.

(ويأذن) العبد المأذون (لرقيقه في التجارة)؛ لأنه نوع تجارة.

والأصل: أن كل من له ولاية التجارة: يصح إذنه لعبده في التجارة؛ كالمكاتب والمأذون والمضارب والأب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والموصي.

ولا يجوز ذلك للأم والأخ والعم؛ لأنه ليس لهم ولاية التجارة في مال الصغير. كذا في «الاختيار».

(لا أن يتزوج) امرأة؛ لأنه ليس من التجارة إلا بإذن المولى، وهل يتسرى؟

ففي نكاح «التاتارخانية»: ولا يتسرى جارية من أكسابه؛ لأنه لا ملك للعبد حقيقة، وحِلُّ الوطء بدون أحد الملكين منفي شرعاً، وسواء أذن له المولى أو لم يأذن له؛ لما ذكرناه: أن العبد لا يملك شيئاً؛ لأنه مملوك.. فيستحيل أن يكون مالكاً، وبالإذن لا يخرج عن كونه مملوكاً، فلا تندفع الاستحالة. انتهى.

وقال في «ذخيرة العقبى»: إن المولى لو سلم إلى مأذونه أمته المملوكة، فقال: أعطيتكها أو وهبتكها، فتمتع بها تمتع الرجل من النساء، فقبضها ووطئها.. يكون زنا محضاً وحراماً صرفاً، لكنه يسقط عنه الحد للشبهة.

ولو ادعى.. ثبت نسبه منه.

(أو يزوج عبده)، لما ذكرناه، (وكذا: أمته)؛ لما ذكرناه أيضاً.

(خلافاً لأبي يوسف) في تزوج الأمة.. فإنه جوز تزويج أمته.

وَلَا أَنْ يُكَاتِبَ ....

وله: أن تزويج الأمة نوع تجارة لإيجاب نفقتها ومهرها على زوجها، بخلاف العبد؛ لأن تزويجه يوجب النفقة والمهر عليه، فينافي أمر التجارة.

(ولا أن يكاتب) عبده؛ لأنه ليس بتجارة؛ إذ هي مبادلة المال بالمال، والبدل في الكتابة: مقابل بفك الحجر، فلم يكن من باب التجارة، ولأن الكتابة أقوى من الإذن؛ لأن الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل، والإذن لا يوجب شيئاً من ذلك، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه.. فلا يجوز.

إلا إذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين؛ لأن الامتناع لحقه؛ فإذا أجازه.. زال المانع فينفذ.

وهذا: لما عرف: أن كل عقد موقوف وله مجيز وقت وقوعه.. يجوز بإجازته، فتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ثم ليس للعبد أن يقبض البدل؛ لأنه نائب عن المولى كالوكيل، فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته؛ لأن الوكيل فيه سفير ومعير، فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح، بخلاف المبادلة المالية [٥٧٤/ب]. كذا في «الزيلعي».

وذكر فيه أيضاً نقلاً عن «النهاية»: أنه لو كان على العبد دين قليل.. فكتابته باطلة وإن أجازها المولى؛ لأن قيام الدين يمنعه من ذلك؛ قل أو كثر.

ثم استشكل عليه: بأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولما في يده.. لا يمنع الدخول في ملك المولى بإجماع أصحابنا؛ حتى جاز للمولى عتق ما في يده، فكيف تتصور هذه المسألة؟!

وإنما الخلاف في المستغرق:

فعند أبي حنيفة: يمنع من دخوله في ملك المولى.

وعندهما: لا يمنع.

أَوِ يعْتِقَ وَلَو بِمَالٍ، أَو يُقْرِضَ، أَو يَهَبَ وَلَو بعوضٍ، أَو يهدِيَ إِلّا الْيَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ.

ثـم لـو أدى المكاتـب البـدل إلـى المـولى قبـل الإجـازة، ثـم أجازه المـولى.. لا يعتق، وسلم المقبوض للمولى؛ لأنه كسب عبده.

(**أو يعتق ولو**) كان العتق (**بمال**)؛ لأن العتق فوق الكتابة، فكان أولى بالامتناع.

وإن أجازه المولى ولم يكن عليه دين.. جاز، وكان قبض العوض إليه إن كان العتق على مال.

وإن كان عليه دين مستغرق.. لا ينفذ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ بناء على أنه: يملك ما في يده أم لا؟

(**أو يقرض**)؛ لأنه تبرع ابتداء.. فلا يملكه.

(**أو يهب**)؛ لأنه تبرع محض.. فلا يملكه.

(**ولو**) كان (**بعوض**).

(**أو يهدي**)؛ لأنه تبرع.

وكذا لا يتصدق؛ لما ذكر.

(**إلا اليسير من الطعام**)، فيه إشارة إلى: أنه ليس له أن يهدي شيئاً من الدراهم والدنانير.

قال في «خزانة الفقه» لأبي الليث: عشرة أشياء لا يملكها العبد المأذون:

١ـ الكفالة بالنفس والمال ٢ـ والقرض ٣ـ والهبة ٤ـ والصدقة ٥ـ والعتق على مال وغيره ٦ـ والكتابة ٧ـ وتزويجه لنفسه ٨ـ وتزويج عبده وأمته ٩ـ والصلح من قصاص وجب عليه ١٠ـ والعفو عن القصاص.

ثلاثة عشر شيئاً يملكها العبد المأذون: يبيع ويشتري الأرض ويزرعها ويصالح من قصاص وجب على عبده ويهدي اليسير من الطعام ويضيف من يطعمه ويجوز بيعه من مولاه بمثل قيمته. انتهى.

والمحجورُ لَا يُهدي الْيَسِيرَ أَيْضاً.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: إِذا دَفَعَ الْمولى إِلَى الْمَحْجُورِ قوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بعضَ رفقائِهِ للْأَكْلِ مَعَهُ.. فَلَا بَأْس بِهِ.

بخِلَافِ مَا لَو دفعَ إِلَيْهِ قوتَ شهرٍ.

قَالُوا: وَلَا بَأسَ للْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِن بَيتِ زَوجِهَا باليسيرِ؛ كالرغيفِ وَنَحْوِهِ.

وَمَا لزمَ الْمَأْذُونَ مِنَ الدَّينِ بِسَبَبِ تِجَارَةٍ، أَو مَا فِي مَعْنَاهَا؛ كَبيعٍ وَشِرَاءٍ وَإِجَارَةٍ واستئجارٍ وغصبٍ وَجحدِ أَمَانَةٍ وعُقْرِ أَمَةٍ شَراها فَوَطِئَهَا فاستُحِقَّتْ..

وفي «البزازية»: ليس للمأذون الكفالة بالنفس والمال إلا بإذن المولى، وبإذن المولى: لا يجوز، إلا أن يكون عليه دين. انتهى.

(**والمحجور لا يهدي اليسير**) من الطعام (**أيضاً**)؛ أي: كما لا يهدي الكثير من الطعام.

(**وعن أبي يوسف: إذا دفع المولى إلى المحجور قوت يومه، فدعا بعض رفقائه للأكل معه.. فلا بأس به**).

(**بخلاف ما لو دفع إليه المولى قوت شهر**)؛ لأنهم: إذا أكلوه.. يتضرر المولى به، ولا يمكن أن تقدر الضيافة بقدر.

(**قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه**)؛ لكمال الازدواج بينهما.

(**وما لزم المأذون** [٥٧٥/أ] **من الدين بسبب تجارة أو ما في معناها كبيع وشراء**) مثال: لسبب تجارة (**وإجارة، واستئجار، وغصب، وجحد أمانة، وعقر أمة شراها فوطئها فاستحقت**) الأمة.

هذه كلها مثال لما كان في معنى التجارة على ما صرح به علاء الدين.

يتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، ....

والعقر وإن استند إلى الشراء، لكن السبب القريب: هو الوطء، وفائدة الاستناد إلى الشراء: سقوط الحد.

(يتعلق) الدين اللازم بهذه الأسباب (برقبته) عندنا.

قال زفر والشافعي: لا يتعلق برقبته، بل بكسبه، فلا تباع رقبته، بل يباع كسبه فقط في دينه؛ لأن رقبته ملك المولى.. فلا يتعلق الدين بها إلا بتعيين المولى، والمولى عين الكسب؛ لتعلق الدين دون الرقبة؛ لأن غرضه من إذنه: تحصيل مال لم يكن، لا تفويت مال قد كان.

وذا: في أداء دين التجارة من كسب التجارة لا من رقبته.

بخلاف دين الاستهلاك؛ فإن رقبته تباع فيه بالإجماع؛ لأن سببه هو الجناية لا الإذن، وقبل: الإذن: يباع بدين الاستهلاك، فكذا بعد الإذن.

ولنا: أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى بسبب الإذن، فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر والنفقة، ولأن بيعه في الدين كان جائزاً في أول الإسلام؛ حتى كان يباع الحر بالدين، على ما روي: أنه ﷺ باع رجلاً يقال له: سرق في دينه، فانتسخ في حق الحر، وبقي في حق العبد على حاله؛ لعدم المانع.

ولأن في تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس، وحملاً لهم على المعاملة، وبه يحصل مقصود المولى؛ لأن المعسر الذي ليس له مال لا يعامله أحد؛ خوفاً من توى مالهم.. فلا يحصل غرضه.

وإذا تعلق برقبته.. يتعاملون معه، فيحصل غرض المولى من الإذن بالتجارة، وتعلقه بكسبه: لا ينافي تعلقه برقبته أيضاً؛ فيبدأ بكسبه؛ لأنه أهون على المولى مع إبقاء حق الغرماء.

وعند انعدامه: يستوفى من الرقبة؛ دفعاً للضرر عن الغرماء، فلا يعجل القاضي بيعه، بل يتلوم؛ لاحتمال أن يكون له مال؛ فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له مال..

فَيُبَاعُ إِنْ لم يَفدِهِ الْمولى، وَيُقسَمُ ثمنُهُ وَمَا فِي يَدِهِ مِن كَسبِهِ بِالْحِصَصِ؛ سَوَاءٌ كَسِبَهُ قَبلَ الدَّينِ، أَو بعَدَهُ، أَوِ اتَّهبَهُ.

وَمَا بَقِيَ عَلَيْهِ.. يُطَالَبُ بِهِ بعدَ عتقِهِ.

باعه؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين، وقد نظر للمولى: بالتلوم، وللغرماء: بالبيع.

(فيباع) العبد المأذون (إن لم يفده المولى) بأداء ديونه.

(ويقسم ثمنه وما في يده من كسبه بالحصص) بين الغرماء.

وشُرِطَ في بيع العبد نفسه: أن يكون المولى حاضراً [٥٧٥/ب]؛ لأن المولى هو الخصم في رقبة العبد؛ كما إذا ادعى رقبته إنسان، ولا يكون العبد فيه خصماً.

ولبيع كسبه: لا يشترط حضور المولى، بل يشترط حضور العبد؛ لأنه الخصم في كسبه، ألا ترى: أنه إذا ادعى إنسان كسبه.. كان هو الخصم فيه.

(سواء كسبه قبل الدين أو بعده أو اتهبه)؛ أي: قبل الهبة قبل الدين أو بعده؛ لأنه من جملة أكسابه أيضاً.

(وما بقي عليه)؛ أي: ما بقي على العبد المأذون بعد تقسيم ثمنه وما في يده من كسبه (.. يطالب) المأذون (به)؛ أي بما بقي (بعد عتقه).

ولا يطالب به في الحال؛ لأن دينهم ثابت في ذمته لأهليته له، ولم يستوفوا الكل منه.. لأن رقبته وما في يده من الكسب لم يفِ به، فبقي دينهم على حاله في ذمته، فيستوفون به إذا قدروا على إيفائه، ولا يقدرون إلا بعد العتق؛ لأنه لا يمكنه بيعه ثانياً، ولا استسعاؤه؛ لأن المشتري يتضرر به، ولأنه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانياً أو يستسعى.. يمتنع من شرائه، فيؤدي إلى امتناع البيع بالكلية، فيعود الضرر على الغرماء.. فلا يشرع.

ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرماء.. لم يكن لهم على العبد تعلق؛ لأن هذا ملك جديد بسبب جديد، وتبدل الملك: كتبدل العين حكماً، فصار كأنه عبد

وَمَا أَخذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ قبلَ الدَّينِ.. لَا يُسْتَردُّ، وَله أَخذُ غلَّةِ مثلِهِ مَعَ وجود الدَّين، وَالزَّائِدُ عَلَيْهَا للْغُرَمَاءِ.

وينحجِرُ الْمَأْذُونُ إِنْ أَبَق، ....

آخر كذا في «الزيلعي».

(**وما أخذه سيده منه**)؛ أي: من المأذون (**قبل الدين.. لا يسترد**) من السيد؛ لأن الدين لم يتعلق بما أخذه قبله، بل ذلك حق المولى، فلا يسترد.

وقيده بـ«ما قبل الدين»؛ لأن ما أخذه سيده من كسب عبده المأذون بعد الدين.. يؤخذ منه ويدفع إلى الغرماء؛ سواء مات المأذون أو لا.

(**وله**) أي للمولى (**أخذ غلة مثله مع وجود الدين، والزائد عليها**)؛ أي: على غلة مثله (**للغرماء**)، هذا جواب الاستحسان.

والقياس: أن لا يجوز ذلك؛ لأن حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى.

وجه الاستحسان: أن في أخذه الغلة: منفعة الغرماء؛ فإنه يتركه على حاله لأجل ما يحصل له من المنفعة، ولو لم يأخذ عليه مثله.. لحجر عليه، فينسد عليه باب الاكتساب، فكان ما يأخذه من غلة مثله كتحصيل الكسب لهم، فلا يمنع من أخذه، إلا أنه إذا أخذ أكثر من غلة مثله.. يسترد منه ذلك، وإلا.. يتضرر به الغرماء.

(**و ينحجر المأذون إن أبق**) وإن لم يعلم أهل سوقه إباقه كما في الجنون [٥٧٦/أ].

وقال زفر والشافعي: لا ينحجر لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن؛ لأن المولى إذا أذن لعبده الآبق المحجور عليه في التجارة، وعلم العبد بذلك.. صح إذنه وينحجر العبد بذلك الإذن؛ فلأَنْ لا ينافي بقاءه وهو دونه.. أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

فصار كما إذا غصب عبده وللمولى بينة عليه، وكان الغاصب يقر بالغصب، وأذن له المولى في يد ذلك الغاصب.. صح إذنه، ولا ينافي الغصب صحة الإذن.. فكذا الإباق.

أَو مَاتَ سَيِّدُهُ، أَو جُنَّ مطبِقاً، أَو لَحِقَ بدارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا، ....

ولنا: أن الإباق حجر عليه دلالة؛ لأن المولى إنما يرضى بكون عبده مأذوناً على وجه يتمكن من قضاء دينه بكسبه، ولم يتحقق ذلك من الإباق، فلا يكون راضياً به، وإلا.. لم يكن مانعاً في الابتداء؛ لأنا نجعله حجراً دلالة، ولا معتبر بالدلالة عند الصريح، بخلافها؛ بأن أذن صريحاً.

وبخلاف الغصب؛ لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر بإقامة البينة أو بإقرار الغاصب، حتى لو لم يتيسر له ذلك.. لم يصح إذنه.

ثم إن عاد من الإباق.. هل يعود الإذن أو لا؟

قيل: يعود.

وقيل: لا يعود، وهو الصحيح على ما في «العناية» و«الزيلعي».

(أو مات سيده، أو جن مطبقاً)، تعريف الجنون المطبق وما هو المختار فيه قد سبق في آخر كتاب الوكالة.

(أو لحق بدار الحرب مرتداً)؛ يعني: يصير العبد المأذون محجوراً عليه بهذه الأشياء الثلاثة، علم العبد أو لم يعلم؛ لأن الإذن غير لازم، وقد تقرر في محله: أن ما لم يكن لازماً من التصرفات.. يكون لدوامه حكم ابتدائه؛ كأنه يأذن له ابتداء في كل ساعة؛ ليمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة، فتركه على ما كان عليه: كإنشاء الإذن فيه.

فيشترط: قيام الأهلية في تلك الحالة، كما يشترط في الابتداء، وقد زالت الأهلية بالموت والجنون، وكذا باللحوق بدار الحرب مرتداً؛ لأنه موتٌ حكماً على ما تقدم في باب المرتد، فصار محجوراً عليه في ضمن بطلان الأهلية.. فلا يشترط فيه علمه، ولا علم أهل سوقه؛ لأن الحجر حكمي، فلا يشترط فيه العلم؛ كانعزال الوكيل بهذه الأشياء.

أَو حُجرِ عَلَيْهِ وَعَلِمَ بِهِ أَكثَرُ أَهلِ سُوقِهِ.

(**أو حجر عليه**)؛ أي: على المأذون، (**وعلم به**)؛ أي: بالحجر عليه (**أكثر أهل سوقه**).

وكذا.. شُرِطَ علم العبد نفسه بالحجر، لكن هذا فيما إذا كان الإذن شائعاً بين أهل سوقه، وإلا.. فعلم العبد وحده كافٍ في الحجارة بالحجر.

اعلم: أن إذن المولى [٥٧٦/ب] لعبده: إما أن يكون شائعاً، أو لا.

فإن كان شائعاً.. لم ينحجر بحجره حتى يعلم الحجر العبد وأكثر أهل سوقه؛ لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخير حقهم إلى ما بعد العتق؛ لأنه حينئذ إن اكتسب شيئاً.. أخذه المولى من يده؛ لكونه حقه، وإن لحقه دين.. أقام البينة أنه كان قد حجر عليه قبل الدين، فتتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق، والعتق موهوم؛ أيعتق أم لا، ومتى يعتق؟ وقد بايعوا على رجاء تعلق حقهم برقبته وكسبه؛ فإذا لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه بانحجاره من غير علمهم.. لتضرروا.

فقلنا: إنه لم ينحجر حتى يعلم هو وأهل سوقه، واكتفي بأكثر أهل سوقه.

والقياس: أن لا يكتفى إلا بعلم الجميع؛ دفعاً للضرر عنهم، إلا أنّا استحسنّا بعلم الأكثر؛ لتعذر علم الكل أو تعسره، فلو حجر عليه بحضرة الأقل.. لم يصر محجوراً عليه، حتى لو باعه من علم منهم ذلك ومن لم يعلم.. جاز البيع؛ لأنه لما كان مأذوناً له في حق الأكثر وهو ممن لم يعلم.. صار مأذوناً.

وفي حق من علم أيضاً؛ لأن كلاً من الإذن والحجر لا يتجزأ.

• **وإن لم يكن الإذن شائعاً**.. ينحجر بحجره بلا اشتراط علم أهل سوقه، بل يكفي علم العبد نفسه.

وقال الشافعي: ينحجر بحجر المولى وإن لم يعلم ذلك أحد من أهل سوقه، ولا العبد نفسه؛ بناء على: أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وإن لم يعلمه الوكيل عنده.

والحجة عليه: ما ذكرناه.

وَالْأَمَةُ إِنِ اسْتَوْلَدَهَا، لَا إِنْ دبَّرهَا، وَيضمَنُ الْقيمَةَ للْغَرِيمِ فيهمَا.

وَإِقْرَارُهُ بعدَ الْحجرِ بدَينٍ أَو بأَنَّ مَا فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ أَو غصبٌ: صَحِيحٌ. خلافاً لَهما.

(والأمة)؛ أي: وتنحجر الأمة المأذون لها (إن استولدها) مولاها.

وقال زفر: لا تصير محجوراً عليها. وهو القياس؛ لأن المولى إذا أذن لأم ولده ابتداء.. يجوز، فكذا بقاءً.

وجه الاستحسان: أن العادة جرت بتحصين أمهات الأولاد، وإنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة، ودليل الحجر: كصريحه.

بخلاف ما إذا أذن لأم ولده صريحاً؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، فكان أولى بأخذه.

نظيره: إذا قدم طعاماً لإنسان.. يكون إذناً منه بالأكل حتى حلّ التناول له، ثم إذا نهاه صريحاً عن الأكل.. لا تعتبر الدلالة، ولا يحل له التناول.

(لا إن دبرها)؛ أي لا تنحجر إن دبر الأمة المأذون لها؛ لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة، فلم يوجد دليل الحجر، فبقيت على ما كانت؛ إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والإذن.

(ويضمن) المولى (القيمة للغريم فيهما)؛ أي: في صورتي التدبير والاستيلاد؛ لأنه أتلفه بالاستيلاد والتدبير، فتعلق به حق [٥٧٧/أ] الغرماء؛ لأنه بفعله.. امتنع بيعها، وبالبيع يقضى حقهم.

(وإقراره)؛ أي: إقرار العبد المأذون له (بعد الحجر بدين) متعلق بالإقرار (أو بأن ما في يده أمانة) لفلان (أو غصب.. صحيح) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، وهو القياس؛ لأن المصحح لإقراره؛ إما الإذن أو اليد، ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر:

أما الإذن: فلزواله بالحجر.

وأما اليد: فلأن الحجر أبطلها؛ لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعاً، فصار:

كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره قبل إقراره.

وكما إذا أخرجه المولى من يده بالبيع ونحوه، ثم أقر.

وكما إذا كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر وأقر بعد الحجر بدين آخر.

وكما إذا كان ما في يده مما اكتسبه بعد الحجر.

ثم المراد بـ«عدم اعتبارية المحجور عليه»: أنها غير معتبرة فيما هو من كسبه، أو فيما عرف أن ما في يده مال المولى.

وأما إذا لم يكن كذلك.. فيده معتبرة.

ولهذا قالوا: إذا استودع عند رجل رجلاً وديعة، ثم غاب العبد.. لم يكن لمولاه أن يأخذ تلك الوديعة ـ مأذوناً كان العبد أو محجوراً عليه ـ بدون حضور العبد، على ما ذكر في «العناية» و«الكفاية».

فلو لم تكن يد المحجور عليه معتبرة.. لما اشترط حضرته، بل يأخذ مولاه الوديعة من غير حضور العبد.

فعلم: أن يده معتبرة في أمثال هذا؛ أي: فيما لم يكن من كسبه ولا من مال المولى.

ولكنه قال في «الكفاية» نقلاً عن «الذخيرة»: وهذا إذا لم يعلم المودع أنها كسب العبد، ولكنه لو علم أنها مال المولى.. كان للمولى أن يأخذ. انتهى.

وهكذا ذكره في «الزيلعي» و«العناية».

ولأبي حنيفة: أن المصحح للإقرار قبل الحجر عليه: هو اليد، ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر عليه بما أخذه المولى من يده؛ لخروجه عن يده حقيقة، واليد ههنا باقية حقيقةً وحكماً:

وإِنِ استغرقَ دينُهُ رقبتَهُ ومَا فِي يَدِهِ.. لَا يملِكُ سَيِّدُهُ مَا فِي يَدِهِ.
فَلَو أَعتَقَ عبداً مِمَّا فِي يَدِهِ.. لَا يَصحُّ.

أما حقيقةً: فظاهر؛ لأن الكلام في الإقرار بما في يده.

وأما حكماً: فلأن الشرط: بطلانها بالحجر حكماً في أنها عن حاجة، ولم يوجد هذا الشرط؛ بدليل إقراره؛ لأن إقراره دليل على تحققها.

فإذا كانت باقية حقيقة وحكما.. صح إقراره؛ لقيام المصحح.

بخلاف المسائل المذكورة:

فإن المولى إذا أخذ ما في يده قبل الإقرار.. فقد زالت يده عنه حقيقة، ويد المولى ثابتة فيه حقيقةً وحكماً.. فلا تبطل بإقراره.

وإنَّ المولى إذا باع ذلك العبد من غيره أو وهبه منه.. صار ذلك العبد كعين آخر؛ لأن تبدل الملك: كتبدل العين، فصار إقراره بعد دخوله في ملك الغير: كإقرار عبد [٥٧٧/ب] آخر.. فلا يقبل فيما أخرجه من يده.

وإنه لو كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه.. تعلق حقوق أصحاب الديون بما في يده، فلا يقبل إقراره في إبطال حقهم، فيقدمون على المقر له بالدين بعدهم.

كالمريض يقر بدين في مرضه وعليه دين الصحة.. فإن إقراره لا يقبل في حق غرماء الصحة، بل غرماء الصحة يقدمون على المقر له في المرض.

وإن كسبه بعد الحجر: حق المولى، فلا يقبل إقراره به.

(**وإن استغرق دينه**)؛ أي: دين العبد المأذون (**رقبته وما في يده**) من كسبه (.. **لا يملك سيده ما في يده**)؛ لأن المولى حينئذ كالأجنبي.

(**فلو أعتق**) المولى (**عبداً مما في يده**)؛ أي: يد العبد المأذون (.. **لا يصح**) عتقه عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: يملِكُ، فَيصحُّ عتقُهُ.

وإِنْ لم يسْتَغْرِقْ.. صَحَّ اتِّفَاقاً.

(وعندهما: **يملك**) المولى ما في يد عبده المأذون ولو كان دينه مستغرقاً، (فيصح عتقه)؛ أي: عتق المولى عبداً من كسب المأذون.

(وإن لم يستغرق.. صح **اتفاقاً**)؛ يعني: أن العبد المأذون إذا لزمته ديون.. فلا يخلو:

إما أن يحيط بماله ورقبته، أو يحيط بماله دون رقبته، أو لا يحيط بشيء منهما.

فصورة الأول: كما إذا أذن لعبده، فاشترى ذلك العبد عبداً آخر يساوي ألفاً، والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفا درهم.

والثاني: أن يكون عليه درهم.

والثالث: أن يكون عليه خمسمائة درهم.

الأول: لم يملك المولى ما في يده، ولو أعتق عبداً من كسبه.. لا يعتق عند أبي حنيفة.

وقالا: يملك المولى ما في يده ويعتق ما أعتقه من كسبه، ويغرم المولى قيمته لغرمائه؛ لأن سبب الملك في كسب المأذون موجود، وهو ملك رقبته؛ فإن ملك الرقبة: أصل، وملك الكسب: تبع له، والملك الأصلي: علة للملك التبعي، ولهذا.. يملك إعتاق المأذون ووطء الأمة المأذونة لها، وكل من الإعتاق وحل الوطء: دليل على كمال ملك الرقبة، فكان سبب الملك في الكسب موجوداً على الكمال، فيملكه وينفذ فيه إعتاقه.

فإن قيل: سلمنا ذلك، لكن استغراق الدين مانع عنه كما في التركة؛ فإن الدين لو استغرقها.. لا ينفذ إعتاق الوارث عبداً من التركة، مع أن سبب الملك موجود فيها على الكمال، وهو الانتقال من المورث إلى الوارث.

قلنا: إن الملك إنما يثبت للوارث نظراً للمورث بإيصال ماله إلى أقرب الناس

وَيصِحُّ بَيْعُهُ مِن سَيِّدِهِ بِمثلِ الْقيمَةِ، ....

إليه، ولهذا.. يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته، بل النظر [٥٧٨/أ] في قضاء دينه؛ لأنه فرض عليه، والميراث صلة، فلا ملك للوارث عند استغراق الدين، [ولا][1] وعتق له أيضاً.

بخلاف ملك المولى في رقبة العبد المأذون.. فإنه ثابت لا محالة؛ بدليل: صحة إعتاقه وحل وطء الأمة المأذونة، فيملك كسبه وإعتاق عبيده أيضاً.

ولأبي حنيفة: أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد [عند][1] فراغه عن حاجته؛ كملك الوارث ثبت خلافة عن المورث عند فراغه عن حاجته؛ والمال الذي أحاطه به الدين: مشغول بحاجة العبد.. فلا يخلفه فيه؛ كما في التركة.

وفي الثاني: نقل في «العناية» عن شرح «الجامع الصغير»: أنَّ عتق المولى عبداً من كسب المأذون في هذه الصورة: جائز، ويلزمه: أنه يملك رقبته أيضاً، لم يذكر صاحب «الهداية» هذه الصورة، وكذا المصنف.

وفي الثالث: يملك المولى كسبه وينفذ عتقه عبداً من كسبه بالاتفاق؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

(**ويصح بيعه**)؛ أي: بيع العبد المأذون الذي لزمته ديون شيئاً من كسبه.

(**من سيده بمثل القيمة**)؛ لأنه حينئذ متِّهم فيجوز.

وإنما قيدنا المأذون بالذي لزمته ديون؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين.. لم يصح بيعه من سيده ولو بمثل القيمة؛ لأن بيعه من سيده إنما صح لكونه أجنبياً من كسبه فيما إذا كان عليه دين.

وأما إذا لم يكن عليه دين.. فلم يكن المولى أجنبياً من كسبه.. فلا يصح بيعه منه. كذا في «العناية».

وكذا لا يصح بيع سيده منه. كذا في «شرح النقاية».

(١) زيادة من «العناية» (٩/٣٠٠).

لَا بِأَقَلَّ.

وَبيعَ سَيِّدِهِ مِنْهُ بِمِثْلِهَا لَا بِأَكْثَرَ.

فَلَو بَاعَ بِأَكْثَرَ.. يحطُّ الزَّائِدَ أَو ينقضُ البيعَ.

(**لا بأقل**) من مثل القيمة؛ لأنه حينئذ متهم في حق المولى بميله إليه عادة.

بخلاف ما إذا باع من أجنبي.. فإنه يصح مطلقاً؛ سواء كان بمثل القيمة أو بأقل منها؛ لعدم التهمة فيه، ولو سلم.. فهي موهومة لا محققة؛ إذ لا دليل عليها في الأجنبي.

بخلاف ما إذا باع المريض شيئاً من ماله من وارثه.. لا ينفذ؛ سواء كان بمثل القيمة أو لا؛ لأن حق بقية الورثة: تعلق بعينه، حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته.. فلا يملك المورث بيعه.

وأما حق الغرماء: فقد تعلق بالمالية لا بعينه، فافترقا.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن بيعه من مولاه جائز ولو بغبن فاحش، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن، وبين أن ينقض البيع؛ لأن في المحاباة: إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به.

بخلاف بيعه من الأجنبي بالغبن اليسير.. فإنه جائز، ولا يؤمر المشتري بإزالة [٥٧٨/ب] الغبن. على ما في «الزيلعي».

(**و**) يصح (**بيع سيده منه**)؛ أي: من العبد المأذون (**بمثلها**)؛ أي: بمثل القيمة، وكذا بأقل، (**لا بأكثر**) منها؛ لأن المولى أجنبي عن كسب عبده المأذون المديون، فيصح بيعه منه بمثل القيمة أو بأقل منها؛ لعدم التهمة، وفيه نفع للغرماء، لا بأكثر منها؛ للتهمة فيه.

(**فلو باع**) المولى من عبده المأذون المديون (**بأكثر.. يحط الزائد**) ولو كان الزائد يسيراً؛ صيانة لحق الغرماء.

(**أو ينقض البيع**).

فَإِنْ سلَّمَ سَيِّدُهُ إِلَيْهِ الْمَبِيعَ قَبْلَ نقدِ الثّمنِ.. سقطَ الثّمنُ.

قيل: الخيار بين نقض البيع وحط الزائد: قول الإمامين.

وأما عند أبي حنيفة: فالبيع بأكثر من القيمة: فاسد وإن أسقط الزائد وكان الزائد يسيراً. كذا في «شرح النقاية» نقلاً عن «المحيط».

(**فإن سلم سيده إليه**)؛ أي: إلى العبد المأذون المديون (**المبيع قبل نقد الثمن**)؛ أي: من العبد المأذون (.. **سقط الثمن**) من ذمة العبد، ويملك المبيع مجاناً.

يعني: لو باع السيد من عبده المأذون المديون وسلم المبيع إليه قبل قبض الثمن منه.. فلا يطالب العبد بشيء من الثمن، ولا من المبيع؛ لأنه بتسليم المبيع إليه.. سقط حق حبسه للثمن، فلا يجب على عبده دين من جهته، فخرج المبيع من يده مجاناً.

بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً.. حيث يكون المولى أحق به من الغرماء؛ إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده، وهو أحق به من الغرماء؛ كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده، أو قبض العبد المبيع بغير إذن المولى.. فإن المولى أحق بالعين من الغرماء في هذه الصورة.. فكذا: فيما إذا كان الثمن عرضاً.

وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده، فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن من المولى.. حيث لا يسقط الثمن من المولى؛ لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون له دين على مولاه.

ألا ترى: أنه لو استهلك المولى شيئاً من أكساب عبده المديون.. ضمن للعبد قيمته، هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أن للمولى أن يسترد المبيع من العبد المأذون إن كان قائماً في يد العبد، ويحبسه حتى يستوفي الثمن؛ لأنه لم يسقط حقه من العين بشرط أن

وَلهُ أَن لَا يُسلِّمَهُ حَتَّى يَأْخُذَ ثمنَهُ.

وَيضمنُ السَّيِّدُ بِإعتاقِهِ الْمَأْذُونَ مديوناً: الْأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنَ الدّينِ.

يسلم له الثمن، ولم يسلم.. فبقي حقه في العين على حاله؛ ويتمكن من استرداده ما بقيت العين قائمة في يده.

وأما بعد الاستهلاك.. فقد صار ديناً في ذمة العبد، والمولى: لا يستوجب الدين على عبده.

كذا في «الزيلعي».

(وله)؛ أي: للمولى (أن لا يسلمه)؛ أي: المبيع (حتى يأخذ ثمنه) من العبد [٥٧٩/أ]؛ لأن البيع لا يزيل يد البائع ما لم يصل إليه الثمن، فيبقى ملك اليد للبائع حتى يستوفي الثمن.

ولهذا.. كان أحق به من سائر الغرماء قبل التسليم إلى المشتري.

وأما إذا سلمه.. فقد أسقط حقه في الحبس.

(ويضمن السيد بإعتاقه) عبده (المأذون) حال كون المأذون (مديوناً)؛ سواء كان دينه مستغرقاً له، أو لم يستغرق؛ لأن ملك الرقبة ثابت، وبقاء العتق يبتنى عليه، فيصح عتقه بالإجماع.

وإنما الخلاف في صحة إعتاق عبده من كسبه المأذون على ما تقدم.

فإذا صح عتقه.. يضمن (الأقل من قيمته ومن الدين)؛ دفعاً للضرر عن الغرماء؛ لأنه أتلف ما تعلق به حقهم، والعتق لا يقبل الفسخ.. فلزمه الضمان بالضرورة، دفعاً للضرر عنهم.

فإذا كان الدين أقل من قيمته.. ضمن الدين لا غير؛ لأنه حقهم.

وإن كانت القيمة أقل من الدين.. ضمن قيمته بالغة ما بلغت؛ لأن حقهم تعلق بماليته فضمنها؛ كما إذا أعتق الراهن المرهون.

بخلاف ما إذا كان العبد المأذون له مدبراً أو أم ولد.. حيث لا يجب الضمان

وَمَا زَادَ مِن دَينِهِ على قِيمَتِهِ.. طُولِبَ بِهِ مُعتَقاً.

وَإِن بَاعَهُ وَهُوَ مديونٌ مُسْتَغْرِقٌ وغَيَّبَهُ مُشْتَرِيهِ.. فللغرماءِ: إِجَازَةُ بَيْعِهِ وَأَخذُ ثمنِهِ، ....

على المولى بإعتاقها للغرماء؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما، فلم يكن المولى متلفاً حقهم، فلم يضمن شيئاً.

وهل يلزم علم السيد بالدين في وجوب الضمان عليه بسبب إعتاقه؟

ففي «الزيلعي» و«العناية»: أن السيد يضمن الأقل من قيمته ومن الدين بإعتاقه؛ سواء كان السيد علم بالدين أو لم يعلم، بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حق الغرماء بيعاً.

واستيفاء ثمنه وضمان الإتلاف: لا يختلف بالعلم وعدمه، ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه، ويبقى الزائد على المتلف من الدين إلى ما بعد العتق.

بخلاف إعتاق العبد الجاني.. حيث يجب على المولى جميع الأرش إن كان إعتاقه بعد علمه بالجناية؛ لأن الواجب فيه: إنما وجب على المولى، وهو مخير بين الفداء والدفع.. فيكون بالإعتاق مختاراً للفداء عالماً، ولا كذلك فيما نحن فيه؛ لأن المولى ليس عليه شيء من دين المأذون، وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير، وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه.

(**وما زاد من دينه**)؛ أي: من دين العبد المأذون (**على قيمته.. طولب به معتقاً**)؛ أي: بعد عتقه؛ لما ذكرناه: أنه ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف لا يوجب أزيد مما أتلفه، فتبقى الزوائد من الدين على قيمته إلى ما بعد العتق.

(**وإن باعه**)؛ أي: باع المولى العبدَ المأذونَ المديونَ بدون إذن الغرماء بثمن غير وافٍ بديونهم وقبضه المشتري [٥٧٩/ب] (**وهو**)؛ أي: العبد المأذون (**مديون مستغرق**)؛ أي: يحيط دينه برقبته وماله (**وغيبه**)؛ أي: العبد المأذون (**مشتريه.. فللغرماء إجازة بيعه وأخذ ثمنه**) من المشتري إن لم يسلمه إلى البائع إن قبض الثمن.

أَو تضمينُ أَيِّ شاؤوا مِنَ السَّيِّدِ أَو المُشْتَرِي قِيمَتَهُ.

فَإِن ضمَّنُوا السَّيِّدَ ثمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ.. رَجَعَ عَلَيْهِم بِالْقيمَةِ، وَعَادَ حَقُّهم فِي العَبْدِ.

(**أو تضمين أي شاؤوا من السيد أو المشتري: قيمته**).

أما تضمينهم قيمته: فلأن حقهم تعلق بالعبد، حتى كان لهم أن يبيعوه بدينهم إن لم يقض المولى ديونهم، وقد أتلفاه.. فوجب الضمان بالإتلاف.

وأما وجوبه على البائع: فلإتلافه بالبيع والتسليم.

وأما على المشتري: فلإتلافه بالقبض والتغييب.

وأما خيار التضمين بينهما: فلوجود سبب الضمان منهما على السواء.

وأما إجازتهم: فلأن الحق لهم.. فلهم الإجازة.

بخلاف ما لو كان بيع المولى بإذنهم.. حيث لا يضمن المولى هناك شيئاً؛ كما في صورة إجازتهم البيع.

وكذا إذا كان في الثمن وفاء بدينهم، ووصل إليهم الثمن.. لا ضمان؛ لحصول المقصود.

وإذا كان الدين على المأذون مؤجل إلى أجل، فباعه المولى بأكثر من قيمته أو أقل منها.. جاز بيعه، وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم؛ فإذا حل.. ضمنوه قيمته؛ لأنه أتلفه عليهم محل حقهم وهي المالية، ولهذا.. قيدنا الدين بالحال.

(**فإن ضمنوا**)؛ أي: الغرماء (**السيد، ثم رد عليه بعيب.. رجع**)؛ أي: السيد (**عليهم**)؛ أي: على الغرماء (**بالقيمة، وعاد حقهم**)؛ أي: حق الغرماء (**في العبد**)؛ لأن سبب الضمان وهو البيع و التسليم قد زال.

فصار كالغاصب إذا باع المغصوب وسلم وضمن القيمة، ثم رد عليه بعيب.. كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع بالقيمة التي دفعها إلى المالك.

وَإِن بَاعَهُ وَأَعلَمَ بِكَوْنِهِ مديوناً.. فللغرماءِ ردُّ البيعِ إِن لم يَصِلْ ثمنُهُ إِلَيْهِم.

ثم المشتري؛ إن كان رده على السيد قبل قبضه.. يرجع السيد عليهم مطلقاً إن رد عليه بخيار الرؤية والشرط.

وأما إن رده عليه بعد القبض بغير قضاء.. فلا سبيل للغرماء على العبد، ولا للمولى على القيمة التي ضمنها؛ لأن الرد بالتراضي: إقالة، وهو بيع جديد في غيرهما.

ولم يذكر حكم تضمينهم المشتري، وحكمه: أنهم إن ضمنوا المشتري.. رجع المشتري على البائع؛ لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين منه.

والحاصل: أن الغرماء في هذه المسألة مخيّرون بين ثلاثة أحوال:

إجازة البيع، وأخذ الثمن، وتضمين البائع أو تضمين المشتري.

فإن اختاروا الإجازة.. فلا تضمين لهم بعده.

وإن اختاروا ضمان البائع.. فحكمه ما ذكر في الكتاب.

وإن اختاروا ضمان المشتري.. فحكمه ما ذكرناه.

ثم أيهما اختاروا في التضمين.. برئ الآخر، حتى لا يرجعون إليه بعده وإن هلكت القيمة عند الذي اختاروه في التضمين [٥٨٠/أ]؛ لأن المخير بين الشيئين؛ إذا اختار أحدهما.. تعين حقه فيه، وليس له أن يختار الآخر بعده. كذا في «الزيلعي».

(وإن باعه)؛ أي: وإن باع السيدُ العبدَ المأذونَ المديونَ، **(وأعلم بكونه مديوناً)**؛ بأن قال للمشتري: هذا العبد الذي أبيعه منك مديون؛ يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين، ليكون البيع لازماً بنيهما وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء.

(.. فللغرماء رد المبيع إن لم يصل ثمنه إليهم)؛ لأن حقهم تعلق به - وهو حق الاستسعاء أو البيع واستيفاء الدين من ثمنه - وببيع السيد.. فاتت هذه الخيرة، فكان لهم حق الرد.

وَإِن وَصَلَ وَلَا مُحَابَاةَ فِي البيعِ.. فَلَا.

فَإِن غَابَ البَائِعُ.. فَالْمُشْتَرِي لَيْسَ خصماً لَهُم إِن أَنكَرَ الدَّينَ.

وبإعلام السيد بكونه مديوناً.. لم يلزم البيع في حق الغرماء، وإنما يلزم في حق العاقدين؛ أعني: السيد والمشتري، فثبت لهم حق الرد خالياً عن المانع.

(**وإن وصل**) إليهم ثمنه، (**ولا محاباة في البيع.. فلا**)؛ أي: ليس لهم أن يردوا البيع؛ لوصول حقهم إليهم.

فإن قيل: إن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع - وذلك بأن كان البيع بمثل القيمة -: لا يستلزم انتفاء الرد لهم لجواز أن يصل إليهم الثمن، ولا محاباة في البيع، لكن لا يفي بديونهم، فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون.

قلنا: إنهم قد رضوا بسقوط حقهم؛ حيث قبضوا الثمن، فلم يبق لهم ولاية الرد.

فإن قيل: فعلى هذا الجواب.. لا فائدة في قوله: «ولا محاباة في البيع»؛ لأنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به.. سقط حقهم وإن كان في البيع محاباة.

قلنا: المراد بقوله: «ولا محاباة»: أن الثمن يفي بديونهم؛ فمعنى كلامه: لهم رد البيع إن لم يصل إليهم الثمن الوافي، وإن وصل إليهم الثمن الوافي.. فلا.

فإن قيل: إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بجنايته.. كان مختاراً للفداء، فما بال هذا لا يكون مختاراً بالبيع لقضاء الديون من ماله؟

قلنا: إن موجب الجناية: لزوم دفع العبد إلى ولي الجناية على المولى؛ فإذا تعذر عليه الدفع بالبيع.. طولب بالفداء؛ لبقاء الواجب عليه، وأما الدين ههنا.. فهو واجب في ذمة العبد المأذون؛ بدليل: أنه لا يسقط عنه بالبيع والإعتاق؛ حتى يؤاخذ به بعد العتق، فلما كان ذلك.. كان البيع من المولى بمنزلة القبول إن قضى دينه، وذلك عدة منه بالتبرع، فلا يلزمه.

(**فإن غاب البائع**)؛ أي: لو باع المولى عبده المأذون وقبضه المشتري ثم غاب البائع (.. **فالمشتري ليس خصماً لهم**)؛ أي: للغرماء (**إن أنكر**) المشتري (**الدين**).

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: هُوَ خصْمُ وَيَقْضَى لَهُم بِالدَّينِ.

وَمن قَالَ: أَنَا عبدُ فلاَنٍ، فَاشْتَرى وَبَاعَ.. فَحكمَهُ: كالمأذونِ، ....

قيد بإنكار المشتري؛ لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدقهم [٥٨٠/ب] في الدعوى.. كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف.

(**وعند أبي يوسف: هو خصم، ويقضى**) على المشتري (**لهم**) للغرماء (**بالدين**)؛ لأنه يدعي الملك فيه لنفسه، فيكون خصماً لكل من ينازعه فيه.

ولهما: أن الدعوى تتضمن فسخ العقد، والعقد قد قام بهما، فيكون الفسخ قضاء على الغائب.. فلا يجوز.

قال فخر الإسلام: وعلى هذا الخلاف: إذا اشترى رجل داراً لها شفيع، ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب، ثم حضر الشفيع.. فإن الموهوب له ليس بخصم عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

وروي عنهما: مثل قول أبي يوسف أيضاً.

(**ومن قال**)؛ أي: قدم مصراً وقال: (**أنا عبد فلان، فاشترى وباع**)؛ أي: مع أهل المصر، (**.. فحكمه كالمأذون**)؛ أي: لزمه كل شيء من التجارة كما لزم المأذون؛ يعني: يقبل قوله في الإذن في حق كسبه، حتى يقضى دينه من كسبه.

وهذه المسألة على وجهين:

• أحدهما: أن يخبر بعد أن قال «أنا عبد فلان»: بأن مولاه قد أذن له.. فيصدق في قوله، هذا استحسان؛ عدلاً كان أو غير عدل.

والقياس: أن لا يصدق إلا بحجة؛ لأنه أخبر عن أمرين: أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار منه على نفسه.. فيقبل.

والثاني: أخبر أنه مأذون له في التجارة، وهذا إقرار على المولى.. فلا يقبل بلا حجة.

ولأنه يدعي الإذن وقد قال ﷺ: «البينة على المدعي».

إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ فِي الدَّينِ مَا لم يُقِرَّ سَيِّدُهُ بِإِذْنِهِ.

وكذا القياس: أن يشترط العدالة في المخبر؛ لأنه بالعدالة.. يترجح جانب الصدق.

وجه الاستحسان: أن الناس يعاملونه من غير اشتراط شيء من الحجة على قوله، والعدالة وإجماع المسلمين حجة يختص بها الأثر ويترك بها القياس، ولأن في ذلك ضرورة وبلوى؛ فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن.

وما ضاق على الناس.. اتسع حكمه، وما عمت بينته.. سقطت قضيته.

وكذا على هذا من القياس والاستحسان: دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها.

- **والثاني**: أن يبيع ويشتري، ولا يخبر بشيء منه.. فالقياس فيه أيضاً: أن لا يثبت الإذن؛ لأن السكوت محتمل.

وفي الاستحسان: يثبت؛ لأن الظاهر أنه مأذون له؛ لأن عقله ودينه يمنعانه من ارتكاب المحرم، فوجب حمله عليه؛ لوجوب حمل أمر المؤمنين على الصلاح ما أمكن.. فالعمل بدليل الظاهر: هو الأصل في المعاملات؛ دفعاً للضرر عن العباد، فلا يشترط فيه الإخبار أنه مأذون له، بل يكتفى بظاهر [٥٨١/أ] حاله.

فإذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله.. صحت تصرفاته، حتى يظهر خلاف ذلك، ولزمته الديون، فيستوفى من كسبه.

وإن لم يفِ الكسب بالدين.. لا يباع في الدين، وإليه أشار بقوله: (**إلا أنه لا يباع في الدين ما لم يقر سيده بإذنه**)؛ لأن ملك المولى في الرقبة ثابت، فلا يصدق في إقراره عليه بلا حجة.

ولا يلزم من وجوب الدين: أن يباع به، ألا ترى: أن المدبر وأم الولد لا يباع بالدين.

بخلاف الكسب؛ لأن المولى لا يملكه ما دام مشغولاً بحاجة العبد، وإنما يخلفه في الفاضل عن حاجته.

فإن حضر المولى وأقر بالإذن.. بيع بالدين؛ لظهور الدين في حقه بإقراره؛ فإن قال: هو محجور عليه.. فالقول قوله؛ لتمسكه بالظاهر، فلا يباع إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة.. فحينئذٍ يباع؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً.

* * *

(فَصْلٌ)

تَصرُّفُ الصَّبِيِّ إِن نَفَعَ؛ كالإِسلامِ وَقَبُولِ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ.. صحَّ بِلَا إِذْنٍ.

وَإِن ضرَّ؛ كَالطَّلَاقِ وَالْإِعْتَاقِ.. فَلَا، وَلَو بإذنٍ.

(فَصْلٌ)

لما فرغ من أحكام العبد المأذون.. شرع في بيان أحكام الصبي المأذون والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش.

إذا أذن له المولى.. كان كالعبد المأذون في: نفوذ التصرف، وعدم التقييد بنوع، وصيرورته مأذوناً بالسكوت، وصحة إقراره بما في يده، وغير ذلك من الأحكام.

وقد ذكرنا بعض أحكام الصبي في «كتاب الهبة» ولنذكر بعضه ههنا في أثناء شرح كلام المصنف.

(**تصرف الصبي إن نفع**) له نفعاً محضاً (**كالإسلام وقبول الهبة والصدقة.. صح بلا إذن**) المولى.

قال في «العمادي»: لا خلاف أن الإيمان لا يجب على الصبي، ولكنه إذا أسلم.. يصح إسلامه.

وعند الشافعي: لا يصح.

وقال في «التجريد»: استثنى فخر الإسلام من العبادات: الإيمان، فأثبت أصل وجوبه في الصبي إلا الأداء؛ فإذا أسلم عاقلاً.. وقع فرضاً، فلا يجب تجديده بالغاً؛ كتعجيل الزكاة بعد السبب.

ونفاه شمس الأئمة؛ لعدم حكمه؛ فإذا وجد.. وجد، والأول أوجه. انتهى.

وتفصيل هذا: ذكرناه في الأصول، وأما بيان سائر العبادات المالية والبدنية - فقد ذكرناه في «كتاب الهبة».

(**وإن ضر كالطلاق والإعتاق.. فلا**) يصح (**ولو**) وصلية (**بإذن**) المولى؛ لأن إذن الولي لا يؤثر فيما يضر له؛ لأن تصرفه نظر رأي، ولا نظر له فيما يضر.

وَإِن احتملَهما؛ كَالْبيعِ وَالشِّرَاءِ.. صَحَّ بِالْإِذْنِ لَا بِدُونِهِ.

(**وإن احتملهما**)؛ أي: النفع والضر؛ (**كالبيع والشراء.. صح بالإذن لا بدونه**).

وقال الشافعي: لا يصح ولو بالإذن؛ لأن حجره لصيانة نفسه، وهو باق بعد الإذن، وبقاء العلة يستلزم بقاء المعلول [٥٨١/ب] لا محالة.

بخلاف حجر الرقيق؛ فإنه ليس للرق نفسه، بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه؛ لكونه راضياً بتصرفه حينئذٍ، ولأن الصبي مولًّى عليه، حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه، والمولَّى عليه.. لا يكون والياً؛ للمنافاة بينهما؛ لأن كونه مولياً عليه: سمة العجز، وكونه والياً: سمة القدرة، فصار كالطلاق والعتاق في عدم الصحة من الصبي وإن أذن له الولي.

بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة؛ لأنهما لا يقومان بالولي، فيصحان منه.

وكذا وصيته في أبواب الخير صحيحة؛ لعدم قيامها بالولي.

وكل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه.. صح تصرفه فيه بنفسه بلا إذن الولي.

أما البيع والشراء.. فيتولاه الولي، فلا ضرورة في تولي الصبي نفسه إياهما، فلا ينفذ من الصبي ولو بالإذن.

والحاصل: أن كل تصرف لا يمكن صدوره من الولي.. يصح من الصبي ضرورة بلا إذن.

وكل تصرف يمكن صدوره من الولي.. فلا يصح من الصبي؛ لعدم الضرورة كما في البيع والشراء.

ولنا: أن التصرف المشروع صدر من أهله ووقع في محله عن ولاية شرعية، فوجب تنفيذه.

أما إنه تصرف شرعي؛ فلأن الله تعالى أحل البيع وحرم الربا من غير فصل بين البالغ والصبي.

فَإذا أَذِنَ للصَّبِيّ فِي التِّجَارَةِ أَبوهُ، أَو جدُّهُ عِنْدَ عَدَمِهِ ....

وأما إنه صدر من أهله؛ فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع: سالب للمبيع جالب للثمن، والشراء عكسه، ويعلم الغبن اليسير من الفاحش؛ لأن الكلام في مثل هذا الصبي، والأهلية لمثل هذا التصرف: تكون كذلك.

وأما إنه وقع في محله؛ فلكون المبيع مالاً متقوماً.

وأما إنه صدر عن ولاية شرعية؛ فلأنه صدر بإذن وليه، والولي له هذا التصرف.. فكذا من أذن له.

ولهذا: إن الولي لما لم يكن له حق الطلاق والعتاق.. لا يملك الإذن بهما أيضاً.

ولا نسلم أن حجر الصبي لصباه نفسه، بل لعدم هدايته في أمور التجارة، فصار كالعبد في كون حجره لغيره لا لذاته، وهو حق المولى.

فإذا أذن له الولي.. زال ذلك المانع؛ لأنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة.. لما أذن له الولي، فيصح تصرفه كالعبد المأذون له؛ لزوال المانع – أعني: حق المولى - لإسقاطه بالإذن.

فإن قيل: لا نسلم ثبوت الهداية في أمور التجارة بإذن الولي حتى يزول المانع، كيف ولو ثبتت الهداية بإذن الولي.. لم يبق الولي ولياً بعده، مع أنه ولي أيضاً كما كان؟

قلنا: بقاء ولايته بعد ثبوت الهداية للصبي بالإذن لأمرين:

أحدهما: للنظر للصبي؛ فإن الصبا من أسباب المرحمة.

والثاني: لاحتمال تبدل حال الصبي [٥٨٢/أ] من الهداية إلى غيرها، فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك.

(**فإذا أذن للصبي في التجارة أبوه أو جده عند عدمه**) – أي: عدم الأب – يشير به إلى أن المراد بالجد ههنا: أب الأب.

أَو وصيُّ أَحدِهِمَا أَو القَاضِي.. فَحكمُهُ حُكمُ العَبْدِ الْمَأْذُونِ بِشَرْطِ أَن يعقلَ كَونَ البيعِ سالباً للْمِلكِ وَالشِّرَاءِ جالباً لَهُ.

فَلَو أقرّ بِمَا فِي يَدِهِ مِن كَسبِهِ أَو إِرْثِهِ.. صَحَّ.

(أو وصي أحدهما)؛ أي: وصي الأب أو الجد ، وهذا الترتيب ليس بمراد؛ لأن وصي الأب مقدم على الجد، فالأولى أن يقول: أبوه أو وصيه أو جده أو وصيه.

(أو القاضي)، ووصي القاضي: مثل القاضي عند عدم القاضي.

ثم الوالي، والمراد بالوالي ههنا: أمير أكبر، له تقليد القضاء، لا أمير البلدة. هكذا ذكره في «العناية».

وقدم الوالي في «الزيلعي» على القاضي، وهو الظاهر، وما عدا هذه الأولياء من العصبة وغيرها؛ كالعم والأخ والأم ووصيها وصاحب الشرط – أي: أمير البلدة – لا يصح إذنهم للصبي؛ لأنه ليس لهم أن يتصرفوا في مال الصبي تجارة، فكذا لا يملكون الإذن له فيها، والأُوَل يملكون التصرف في ماله تجارة.. فكذا يملكون الإذن له فيها.

(.. فحكمه)؛ أي: حكم الصبي المأذون له: (حكم العبد المأذون) في نفوذ تصرفه وغيره من الأحكام على ما ذكرناه في أول الفصل وغيرها.

(بشرط أن يعقل) الصبي (كون البيع سالباً للملك)؛ أي: المبيع (والشراء جالباً له)؛ أي: للملك.

(فلو أقر بما في يده من كسبه)؛ بأن يقول: إن ما في يدي من الكسب غصبته من فلان، أو وديعة فلان، أو أنه استهلك مال فلان ولزمني كذا درهماً، (أو إرثه)؛ بأن: يقول: إن ما ورثته من أبي لفلان.

(.. صح) ؛ لأنه بإذن الولي التحق بالبالغ، فصح إقراره.

وَالْمَعْتُوهُ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ.

وَصَحَّ إِذنُ الْوَصِيّ أَوِ القَاضِي لعبدِ الْيَتِيمِ.

(والمعتوه) الذي يعقل البيع و الشراء بالمعنى المذكور: (**بمنزلة الصبي**)، فيصير مأذوناً بإذن الأب ووصيه والجد ووصيه والوالي والقاضي دون غيرهم من الأقارب.

(**وصح إذن الوصي أو القاضي لعبد اليتيم**)، وكذا: للصغير نفسه أن يأذن لعبده، وكذا المعتوه. كذا في «الزيلعي».

* * *

(كتاب الغصب)

(كتابُ الْغَصْبِ)

هُوَ: إِزَالَةُ الْيَدِ المُحِقَّةِ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ المبطلَةِ.

(كِتَابُ الغَصْبِ)

(هو إزالة اليد المحقة)؛ أي: التي لها حق، (بإثبات اليد المبطلة)، في مال متقوم، محترم، قابل للنقل، بغير إذن مالكه، وهذه القيود لا بد منها في تعريف الغصب.

ثم الأصل: هو الإزالة لا الإثبات، حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب وثمرة البستان إذا هلكت بغير صنع وتعد؛ لعدم إزالة يد المالك؛ لأن الإزالة لا بد فيها من الصنع وإن كان فيها إثبات اليد المبطلة.

ولا يضمن أيضاً: ما صار مع المغصوب بغير صنعة؛ كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها، فهلكت.. لا يضمن التابع؛ لعدم إزالة يد [٥٨٢/ب] المالك أيضاً؛ لعدم صنعه فيه.

وكذلك لو حبس المالك نفسه عن مواشيه حتى ضاعت.. لا يضمن؛ لعدم إزالة يد المالك؛ لعدم إثبات اليد المبطلة أيضاً.

وكذلك لا يضمن غير المتقوم؛ كالخمر والخنزير.

وغير المال المحترم كـ«مال الحربي في دار الحرب».

ولا ما لا يقبل النقل كالعقار. هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: الغصب: هو تفويت يد المالك لا غير.

والمراد بالإزالة: هي الإزالة علناً؛ ليخرج السرقة.

والمراد باليد: المالك؛ لتخرج يد المرتهن والمستعير. كما في «شرح النقاية».

وقال الشافعي: هو إثبات يد العدوان لا غير.

حتى يجري الغصب والضمان في العقار عندهما؛ لصدق تعريفهما عليه.

فاستخدامُ العَبْدِ، وَحَمْلُ الدَّابَّةِ: غَصْبٌ.

ولا يجري في زوائد الغصب عند محمد؛ لعدم صدق تعريفه عليه.

ويجري عند الشافعي؛ لصدق تعريفه عليه. وسيظهر لك تفصيله.

(فاستخدام العبد) ولو مشتركاً (وحمل الدابة)، ولو مشتركة: (غصب)، حتى لو هلكا.. ضمن القيمة ونصيب الشريك؛ لوجود إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة.

وكذا لو أرسل العبد في خدمته بغير رضى مالكه أو ركب الدابة أو ساقها بغير رضى صاحبها.. يضمن؛ لما ذكرناه.

وفي «الذخيرة»: ركب دابة غيره فتلفت.. ضمن؛ ساقها أو لم يسقها في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: يضمن إذا ساقها.

وكذا لو وضع شيئاً في طريق المسلمين، فتلف منه شيء.. ضمن إن لم يزل عن موضعه؛ لما في ضمانات «الفصولين»: وضع في طريق لا يملكه شيئاً، فتلف به شيء.. ضمن.

ولو زال ذلك الشيء إلى موضع آخر، فتلف به شيء.. برئ واضعه.

والأصل فيه: كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه.. برئ على كل حال.

ولو لم يكن له حق الوضع.. ضمن لو لم يزل عن محل وضعه، لا بعدما زال عنه بمزيل؛ كوضع جمرة في طريق، فأزالتها الريح عن محلها فأحرقت شيئاً.. لا يضمن الواضع. وهذا لأنه قبل زوال المزيل: تحقق فيه الغصب، لا بعده.

وكذا لو ربط حماره في طريق المسلمين، فأصاب ذلك الحمار دابة إنسان.. ضمن؛ لأن ربطه جناية. كذا في «العمادية».

وقال في «العمادي» نقلاً عن «فتاوى رشيد الدين»: إذا أمر عبد غيره بالإباق، أو قال له: اقتل نفسك، ففعل العبد ذلك.. يجب عليه قيمة العبد.

ولو قال له: أتلف مال مولاك، فأتلف.. لا يضمن الآمر.

وهذا: لأنه بأمره بالإباق أو القتل: صار غاصباً؛ لأنه استعمله في ذلك الفعل.

أما بالأمر بإتلاف مال المولى.. لا يصير غاصباً لمال [٥٨٣/أ] المولى، وإنما يصير غاصباً للعبد، والعبد المغصوب قائم لا هالك.. فلا يضمن شيئاً.

وفي غصب «الصغرى»: من استعمل عبد الغير بغير رضاه، وهلك من ذلك العمل.. يضمن.

وكذا: لو كان ذلك العبد وديعة عند المستعمل.

ذكر في قسمة «الصغرى»: عبد بين اثنين، استخدمه أحدهما بغيبة صاحبه، فمات في خدمته.. لا يضمن، وفي الدية.. يضمن.

وفي «نوادر هشام»: أنه يضمن، وفي العبد أيضاً.

وذكر في بعض أصول الفقه: أن التصرف في الجارية المشتركة لا يوجب الضمان كالاستخدام وإن كان لا يحل له وطؤها.

وقال صاحب «الذخيرة»: من استعمل عبداً مشتركاً أو حماراً مشتركاً بينه وبين غيره.. يضمن نصيب شريكه.

ولو استعمل عبد غيره بغير أمره وهلك.. يضمن قيمته؛ سواء علم أنه عبد الغير أو لم يعلم.

وكذا لو قال العبد: إني حر، فاستعمله، ثم ظهر أنه عبد.. يضمن؛ علم أو لم يعلم.

وكذا لو قال: إني عبد فاستعملني في عمل، فاستعمله وهلك من ذلك العمل وظهر أنه عبد.. يضمن؛ علم أو لم يعلم.

ولكن هذا.. إذا استعمله في عمل نفسه.

وأما إذا استعمله في عمل غيره.. لا يضمن؛ لأنه لا يصير به غاصباً؛ كما لو قال لعبد الغير: ارتق هذه الشجرة وانثر المشمش لتأكله أنت، فسقط وهلك.. لا ضمان على الآمر.

وَلو قال: لتأكله أنت وأنا.. أفتى «قاضي خان»: أنه يضمن قيمة العبد كله؛ لأنه استعمل كله في منفعته.

وقال صاحب «المحيط» في غلام حمل كوز ماء لينقل إلى بيت مولاه بإذنه، فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض بغير إذن المولى، فهلك العبد في الطريق.. يضمن ذلك الرجل نصف قيمته.

ثم قال: إنه يضمن كل قيمة العبد؛ كما قال في «قاضي خان» في المسألة المذكورة من قبل.

وعلله صاحب [...][1] بأنَّ فعل ذلك الرجل صار ناسخاً لفعل المولى، فيصير غاصباً كل العبد.

ولو أمر عبد غيره باستهلاك مال إنسان، فأهلك.. فالمولى يضمن، ثم يرجع على الآمر؛ لأن الآمر صار مستعملاً للعبد، فصار غاصباً له.

وكذا لو أمر صبياً باستهلاك مال إنسان.. فالصبي يضمن ما أتلفه ويرجع على الآمر.

بقي: أنه لو استعمل عبد غيره بغير رضاه وفرغ من الاستعمال و تركه في مكانه الذي أخذه منه، ثم هلك العبد.. فهل يضمن أم لا؟

قالوا: ينبغي أن يكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا غصب دابة رجل [٥٨٣/ب] من الإصطبل، ثم ردها إلى الإصطبل ولم يردها على المالك.. فيه روايتان:

في رواية: يبرأ، وفي رواية لا يبرأ.. فكذلك في العبد إن استعمله في غيبة المالك بغير رضاه.

وإن استعمله بحضرة المولى؛ فما لم يرده إلى المالك.. لا يبرأ البتة؛ كما لو غصب من يد المالك.

---

(١) بياض في المخطوط، والمسألة في «مجمع الضمانات» (١٤٥).

لَا الْجُلُوسُ على الْبَسَاطِ.

وَحُكْمُهُ:

الْإِثْمُ لمن عَلِمَ.

وَوُجُوبُ ردِّ عينِهِ فِي مَكَانِ غصبِهِ إِن كَانَت بَاقِيَةً.

وَالضَّمانُ لَو هَلَكَتْ.

بقي: أنه إذا غصب عبداً ومعه ثياب ومال المولى.. فهل يكون غاصباً للمال والثياب أيضاً؟

قالوا: نعم؛ لأن الثياب والمال تابع للعبد، وقد وجد فيه إزالة اليد المحقة أيضاً.

بخلاف ما إذا غصب حراً ومعه مال.. فإنه لا يكون غاصباً للمال؛ لأنه تحت يد الحر، فلم تزل اليد المحقة.

وبخلاف ما إذا غصب دابة وتبعها ولدها.. فإنه لا يضمن الولد كما ذكرناه من قبل.

(**لا الجلوس على البساط**)؛ لعدم إزالة اليد المحقة؛ لأن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه، ولهذا.. لا يرجع بالجلوس عليه على المتعلق به عند تنازع الرجلين، فلم يصر بالجلوس عليه في يده، والبسط فعل المالك، فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله؛ لعدم ما يزيل يده بالنقل والتحويل.

وإن لم يوجد النقل والتحويل من الغاصب.. فلم يوجد فيه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة.

(**وحكمه**)؛ أي: حكم الغصب: (**الإثم لمن علم**)، وإلا.. فلا إثم؛ لأن الخطأ موضوع.

(**ووجوب رد عينه: في مكان غصبه إن كانت**) العين (**باقية**)؛ مثلية كانت أو قيمية ولو بعد الإبراء عنه.

(**والضمان لو هلكت**) العين.

أما وجوب الرد: فلأنه حق العبد فيستوجب الرد.

وأما رده في مكان غصبه: لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن، ولهذا.. تتفاوت القيمة به، حتى لو كانت قيمته في بلدة الخصومة أقل من قيمته في بلدة الغصب.. فحينئذٍ يكون للمغصوب عنه خيارات ثلاث: إن شاء.. انتظر، وإن شاء.. رضي به، وإن شاء.. أخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة. على ما في «العمادي».

وأما رد عينه ما دامت العين باقية: فلأن رد العين هو الموجب الأصلي على ما قالوا؛ لأنه أعدل وأكمل في رد الصورة والمعنى، ورد القيمة أو المثل مخلص له، فيصار إليه عند تعذر الأصل وهو رد العين؛ فما أمكن رد العين بأن كانت باقية.. يطالب به.

حتى لو أتى بالقيمة أو المثل.. لا يعتد به؛ لكونه قاصراً، ولهذا.. يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك؛ بأن سلمه إليه من جهة أخرى؛ كما إذا وهبه له أو أطعمه إياه فأكله المالك، ولا يدري أنه ملكه.

ولو لم يكن [٥٨٤/أ] هو الواجب الأصلي.. ما برئ، إلا إذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة.

وقيل: الموجب الأصلي: هو المثل أو القيمة، ورد العين مخلص، ولهذا لو أبرأه عن ضمانها أو عن دعواها حال قيام عين المغصوب.. يصح وتبقى العين أمانة في يد الغاصب، والإبراء عنها وعن دعواها: محمول على الإبراء عن ضمانها؛ حتى لا يجب عليه الضمان بعده بالهلاك.

ويصح دعواه بعد الإبراء ما دام باقياً، و الإبراء عن العين لا يصح.

فدل: أن الواجب: هو المثل أو القيمة، لا العين.

فَفِي المثليّ؛ كالكيليِّ والوَزنيّ والعدَدِيّ المتقارِب: يجبُ مثلُهُ.

وكونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين: مسلم، ولكن لا يقتضي كونه موجباً أصلياً.

ألا ترى: أن الموجب الأصلي: هو الظهر، والجمعة خلف عنه، مع أنه لا يصار إلى الظهر إلا عند تعذر الجمعة، فلو كان الأمر ما ذكرتم.. لزم أن تكون الجمعة موجباً أصلياً.

وإنما يبرأ الغاصب بالتسليم إلى المالك من غير علمه؛ لتعيّنه؛ لأن حقه متعين بالعين، بخلاف المثل والقيمة؛ لأن حقه غير متعين في المقبوض، بل حقه في مثله أو قيمته من أيّ عين كان، وذلك لا يتعين إلا باتفاقهما؛ لاختلاف الناس في معرفة الأمثال والقيم، ولا كذلك العين؛ لأن حقه غير متعين فيها؛ فبأي طريق وصل.. ناب عن الواجب عليه.

(ففي المثلي)، قال في «الدرر»: المراد بـ«المثلي»: ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت بين أجزائه.. يعتد به، وما لا يكون كذلك.. فهو قيمي.

ثم المثلي:

قد يكون مصنوعاً؛ بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادراً بالنسبة إلى أصله كالقمقمة والقدر والإبريق، فيكون قيمياً.

وقد يكون مصنوعاً؛ بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية؛ لبقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير. انتهى.

فظهر منه: أن اختلاف الضربة لا يخرج المضروب من المثلية بعد أن يتحد الجنس.

(كالكيلي والوزني والعددي المتقارب: يجب مثله)؛ لأن الواجب حينئذ: هو المثل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾.

والمثل إذا أطلق.. ينصرف إلى ما هو مثلٌ صورة ومعنى؛ لأن المثل صورة

ومعنى: أعدل؛ لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية؛ لأن الحنطة مثلاً: مثلُ الحنطة جنساً، وماليةُ الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة وإن كان فيها جودة؛ لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات، فكان إعطاء المثل أدفع للضرر؛ فإن الغاصب فوت على المغصوب منه [٥٨٤/ب] الصورة والمعنى.. فالجبر التام: أن يتداركه بما هو مثل صورة ومعنى؛ مثل: المثلي بالكيلي والوزني والعددي المتقارب.

وأطلقه، وقال في «العمادي» نقلاً عن أبي اليسر: ليس كل مكيل ولا كل موزون مثلياً، إنما المثلي من المكيلات والموزونات: ما هي متقاربة، وأما ما هي متفاوتة.. فليس بمثلي، فكان الكيلي والوزني والعددي سواء في اعتبار التقارب.

وهكذا ذكره في «الفصولين» أيضاً.

ثم قالا: وفي الزرعيات يجب أن يكون كذلك.

وقالا: وبين السويق والسويق: تفاوت فاحش بسبب القلي، فصار كالخبز.. فلا يكون أمثالاً متساوية.

واختلفوا في الخبز:

قيل: إنه من المثليات.

وقال في «قاضي خان» في «جامعه الصغير»: إنه من القيمي في ظاهر الرواية.

وفي غصب «الذخيرة»: استثنى مشايخنا من الموزونات: الناطف للبزر والدهن والمربى، وقالوا: الضمان: القيمة فيهما؛ لأن الناطف متفاوت بتفاوت البزر ، وكذلك الدهن المربى.

وذكر صاحب «المحيط» في «جامعه الصغير»: العدديات المتقاربة: كلها من ذوات الأمثال؛ كيلاً وعدداً ووزناً.

وعند زفر: العدديات كلها من ذوات القيم.

وما يتفاوت آحاده في القيمة.. فهو عددي متفاوت، فليس بمثلي.

وما لا يتفاوت آحاده، وإنما يتفاوت أنواعه كـ«باذنجان».. فهو متقارب مثلي.

فعلى قياس هذا: ينبغي أن يكون البصل والثوم مثليين.

وذكر شيخ الإسلام في «المبسوط»: أنها من العددي المتفاوت.

وصغير البيض وكبيره سواء، بعد أن كان من جنس واحد.

وذكر رشيد الدين: النحاس من ذوات القيم وإن كان وزنياً.

وذكر شيخ الإسلام الإسبيجابي في «شرحه»: والصحيح: أن النحاس والصفر مثليان.

وذكر في «العمادي»: اللبن من ذوات الأمثال.

واللحم: مثلي عندهما، قيمي عند أبي حنيفة.

والتفاح والكمثرى و الخوخ: مثلي؛ لأنها عددي متقارب.

والعنب: مثلي، وكذا الزبيب والتمر.

وقيل: العنب قيمي.

الخل والعصير: مثليان.

وكذا الدقيق والنخالة والحمص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبر بجميع أنواعه: مثلي.

وقال فيها أيضاً: الرياحين الرطبة والبقول والخشب وأوراق الأشجار والحطب والحصير والسواري والأدم والصرم والجلود: كلها من ذوات القيم.

ولهذا.. لا يكون السلم فيها، وكذا لا يجوز استقراضها.

وأما الرياحين اليابسة التي تكال أو توزن [٥٨٥/أ].. فمضمونة بالمثل عندنا، فيجوز السلم والقرض فيها.

والدرَّة من ذوات القيم؛ تدل عليه مسائل ذكرها في غصب «قاضي خان»؛

فَإِنِ انْقَطعَ الْمثلُ.. تجبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يَوْمَ الْغَصْبِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يَوْمَ الِانْقِطَاعِ.

حيث قال: وكذا الدجاجة إذا ابتلعت لؤلؤة وقيمتها سواء؛ فإن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر.. كان لصاحب اللؤلؤة أن يتملك الدجاجة بقيمتها، ولو أراد صاحب الدجاجة أن يعطي قيمة اللؤلؤة.. كان له ذلك.

ثم قال بعد ورقة: رجل ابتلع درة رجل ومات؛ فإن ترك مالاً.. يعطى الضمان من تركته، وإن لم يدع.. لا يشق بطنه، وإن كان حياً.. يضمن قيمتها، ولا ينتظر إلى أن يخرج.

(**فإن انقطع المثل**) في المثليات؛ أي: عن أيدي الناس.

وقيل: عن الأسواق التي يباع ذلك فيه.

(.. **تجب قيمته**)؛ أي: قيمة المتلف المثلي (**يوم الخصومة**) عند أبي حنيفة؛ لأن الواجب عليه بالغصب هو المثلي، وهو باق في ذمته، ما لم يقض القاضي بالقيمة.

ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل.. كان له ذلك، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء؛ حتى لا يعود إلى المثلي بوجوده بعد القضاء بالقيمة، وتعتبر قيمته وقت الانتقال من المثل إليها، وهو وقت الخصومة.

(**وعند أبي يوسف: يوم الغصب**)؛ لأن المثل لما انقطع.. التحق بذوات القيم، وفيها: تعتبر القيمة يوم الغصب، فكذا فيما التحق بها، وهذا لأن القيمة خلف عن المثل في المثليات، والخلف يجب بما يجب به الأصل، فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل.

(**وعند محمد: يوم الانقطاع**)؛ لأن المثل لما كان هو الواجب في المثلي بالغصب.. لا ينتقل منه إلى القيمة إلا بالعجز عن الأصل، والعجز عنه يحصل بالانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع.

واختلف في التصحيح والاختيار:

وصحح صاحب «الخزانة» و«التحفة» قول أبي حنيفة.

وقال صاحب «النقاية» و«النهاية»: قول أبي يوسف أعدل الأقوال، وهو المختار.

وفي «التاتارخانية»: وعليه الفتوى.

وفي «شرح النقاية»: أفتى كثير من المشايخ بقول محمد.

ولم يذكر المصنف أنه: هل يلزم ذكر مكان الغصب عند الدعوى؟

ففيه تفصيل.

وقال في «العمادي»: غصب شيئاً، فطالبه ربه في بلد آخر؛ فإن كان المغصوب قائماً.. فالمغصوب منه يأخذه؛ مثلياً كان أو قيمياً، إلا إذا كانت قيمته في بلدة الخصومة أقل من قيمته في بلدة الغصب.. فحينئذٍ يكون للمغصوب منه خيارات ثلاث: إن شاء.. انتظر، وإن شاء.. رضي، وإن شاء.. أخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة.

وإن كان المغصوب هالكاً:

ففي غير المثلي: للمغصوب منه قيمته في بلدة الغصب [٥٨٥/ب] يوم الخصومة.

وفي المثلي: الجواب على التفصيل:

- إن تساوى القيمة في البلدتين.. يطالبه برد المثل.
- وإن كانت القيمة في بلدة الغصب أكثر.. فللمالك خيارات ثلاث: إن شاء.. رضي بالمثل، وإن شاء.. طالب بقيمته في بلدة الغصب يوم الخصومة، وإن شاء.. انتظر.

وَفِي الْقِيَمِيِّ؛ كالعدديِّ المتفاوتِ والبُرِّ المخلوطِ بالشَّعيرِ.. تجبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْغَصْبِ إِجْمَاعاً.

فَإِنِ ادّعى الْهَلَاكَ.. حُبِسَ حَتَّى يُعلَمَ أَنَّهُ لَو كَانَ بَاقِياً لأَظهرَهُ.

ثُمَّ يُقْضَى عَلَيْهِ بِالْبَدَلِ.

• وإن كانت قيمته في بلدة الغصب أقل.. فالغاصب بالخيار: إن شاء.. أعطاه المثل، وإن شاء.. أعطاه القيمة في بلدة الغصب أو في مكان الغصب يوم الخصومة، إلا إذا رضي المالك بالتأخير، ويكون له ذلك.

فعلى هذا: ينبغي أن يذكر في دعوى غصب المكيل والموزون - سوى الدراهم والدنانير - مكان الغصب؛ حتى يعلم أنه: هل له ولاية المطالبة أم لا؟

هكذا ذكره نقلاً عن «الذخيرة».

ثم ذكر عن «عدة المفتين»: أنه إذا ادعى الوديعة.. لا بد من ذكر موضع الإيداع: أنه في أي مصر؛ سواء كان له حمل ومؤونة أم لا.

وفي دعوى الغصب: إذا لم يكن له حمل ومؤونة.. لا يشترط بيان موضع الغصب.

(**وفي القيمي: كالعددي المتفاوت، والبر المخلوط بالشعير.. تجب قيمته يوم الغصب إجماعاً**)؛ لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى؛ لعدم المثل، فوجب اعتبار المثلي معنى، وهو: القيمة؛ لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله.

وإنما اعتبر يوم الغصب فيه؛ لأن القيمة وجبت بالغصب، فاعتبر فيه زمان انعقاد السبب.

(**فإن ادعى**) الغاصب (**الهلاك**)؛ أي: هلاك المغصوب (**.. حبس**)؛ أي: حبسه القاضي (**حتى يعلم أنه**) - أي: المغصوب - (**لو كان باقياً.. لأظهره، ثم يقضي عليه بالبدل**)؛ أي: المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وهذا لأن حق المالك ثابت في

وَالْغَصْبُ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا يُنْقَلَ؛ فَلَو غَصَبَ عَقاراً فَهَلَكَ فِي يَدِهِ.. لَا يَضمَنُ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ، ....

العين؛ لأنه الموجب الأصلي مطلقاً على ما بيناه، فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على الظن أنه صادق في قوله.

وليس لحبسه حد مقدر، بلِ مفوض إلى رأي القاضي؛ كحبس الغريم في الدين.

ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد عليه، وعكس المالك، وأقاما البينة.. فبينة الغاصب أولى عند محمد؛ لأنها تثبت وجوب الضمان، والآخر منكر، والبينة: للإثبات. كذا في «الزيلعي».

(**والغصب إنما هو فيما ينقل**)؛ أي: لا في العقار من الدار والضيعة، وهذا لأن الغصب إزالة اليد المحقة على ما تقدم، والإزالة لا تتحقق بدون النقل، ولا نقل في العقار، فلا غصب فيه أيضاً [٥٨٦/أ].

(**فلو غصب عقاراً فهلك في يده**) بغير صنعه (.. **لا يضمن**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)، قال: يضمن؛ لتحقق الغصب في العقار، وهو قول زفر والشافعي.

والقول الأول: عن أبي يوسف.

واحتجوا: بأن الغصب يتحقق بوصفين: بإثبات يد العدوان، وإزالة اليد المحقة، وذلك ممكن في العقار؛ لأن إثبات اليد من المتدافعين على شيء واحد: لا يمكن؛ لتعذر اجتماعهما فيه.

فإذا ثبت يد العدوان للغاصب في العقار.. انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة؛ لأن اليد: عبارة عن القدرة على التصرف، وعدم اليد: عبارة عن عدم القدرة عليه..

وَمَا نقصَ مِنْهُ بِفِعْلِهِ؛ كسكناهُ وزَرعِهِ.. ضَمِنَهُ.

فكانت في يد الغاصب لا في يد المالك؛ لما ذكر، فيضمن به الهالك كما يضمن المنقول.

لهما: أن الغصب تصرف في المغصوب بإثبات يده وإزالة يد المالك، ولا يكون ذلك إلا بالنقل، والعقار لا يمكن نقله وتحويله، وأقصى ما يمكن فيه: إخراج المالك عنه، وذلك تصرف في المالك لا في العقار نفسه، فلا يتحقق فيه الغصب والضمان.

كما إذا أُبعد المالك ومنع عن مواشيه حتى ضاعت المواشي.. لا يضمن؛ لعدم تحقق الغصب فيه.

بخلاف ما لو منع المواشي عن المالك.. فإنه يضمن بالهلاك؛ لتحقق الغصب حينئذ.

وكذا لو حبس رجلاً حتى ضاع ماله.. لا يضمن.

ولو حبس ماله من صاحبه.. يضمن على ما في «الفصولين».

(وما نقص منه)؛ أي: من العقار (بفعله)؛ أي: فعل الغاصب (كسكناه).

ويدخل فيه ما إذا انهدمت الدار بسكناه، وعمله بأن كان عمله الحدادة أو القصارة، فهوى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم.. كان مضموناً عليه بالاتفاق.

بخلاف ما إذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها، لا بسكناه وعمله، بل بآفة سماوية؛ من الحرق بالنار والغرق بالسيل والانهدام والزلزلة.. فإنه لا ضمان عليه عند أبي يوسف.

(وزرعه) في الأرض المغصوبة (.. ضمنه)؛ أي: النقصان بالاتفاق.

أما على قول محمد وزفر والشافعي: فظاهر.

وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فلأنه إتلاف، والعقار يضمن بالإتلاف بالاتفاق؛ كما إذا نقل ترابه.

وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَتَصَدَّقُ بِهِ.

ولا يشترط في ضمان الإتلاف أن يكون في يد المتلف، ألا ترى: أن الحر يضمن بالإتلاف بلا يد للمتلف فيه.

بخلاف ضمان الغصب؛ فإنه [لا][1] يضمن إلا بالحصول في يد الغاصب.

واختلف في تفسير النقصان:

قال نصير بن يحيى: إنه ينظر بكم يستأجر هذه الأرض والدار قبل الاستعمال وبعده.. فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان [٥٨٦/ب].

وقال محمد بن سلمة: يعتبر ذلك بالشراء لا بالإجارة؛ يعني: ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبعده.. فنقصانها: ما تفاوت من ذلك، فيضمنه.

وفي «الزيلعي»: هو الأقيس؛ لأن العبرة لقيمة العين دون المنفعة.

وذكر في «النهاية»: أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير.

(ويأخذ) الغاصب (رأس ماله) وهو البذر وما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع.

(ويتصدق بالفضل)؛ حتى إذا غصب أرضاً، فزرعها كُرَّين، فخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤونة والنفقة قدر كرين.. فإنه يأخذ من الخارج أربعة أكرار ويتصدق بالباقي؛ لأنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير، فيكون سبيله التصدق. هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: لا يتصدق به)؛ لأن الزيادة حصلت في ضمانه وملكه؛ لأن ما ضمن من الفائت: يملكه بأداء الضمان، والمضمونات: تملك بأداء الضمان عندنا؛ مستنداً إلى وقت وجود السبب وهو الغصب، فتبين: أن الفضل حصل في ملكه؛ إذ الخراج بالضمان.. فلا يتصدق.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٥/٢٢٥).

وَكَذَا: لَو استغلَّ العَبْدَ الْمَغْصُوبَ فنقَصَهُ الاستغلالُ، أَو آجرَ الْمُسْتَعَارَ وَنقصَ.. يضمنُ النُّقْصَانَ، وَمَا فضلَ مِنَ الْغلَّةِ وَالْأَجْرِ.. تصدَّقَ بِهِ.
خلافاً لأَبي يوسفَ.

(وكذا لو استغل) الغاصبُ (العبدَ المغصوبَ)، وذلك بأن آجره (فنقصه الاستغلال) بأن كان مهزولاً، (أو آجر) المستعير (المستعار) أو المودع الوديعة (ونقص) الاستغلال والإيجار العبد والمستعار والوديعة (.. يضمن) الغاصب (النقصان) الحاصل من إيجاره؛ لأنه دخل المغصوب بجميع أجزائه في ضمانه بالغصب.

فما تعذر رد عينه عليه.. رد قيمته ونقصان وصفه.

(وما فضل من الغلة والأجرة.. تصدق به)؛ كما تصدق بالربح فيما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة والعارية بالبيع وربح فيه.. فإنه يتصدق بالربح؛ لما مر في المسألة الأولى من أنه حصل بسبب خبيث، فسبيله التصدق.

قال في «الهداية» و«الكنز»: يتصدق بالغلة.

واعترض عليه «الزيلعي»: بأنه كان ينبغي أن يتصدق بما زاد على من ضمن من النقصان عندهما، لا بالغلة كما في المسألة الأولى.

ولهذا.. عدل المصنف عن عبارتهما إلى قوله: «وما فضل من الغلة والأجرة.. تصدق به». هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف)؛ فإن عنده: لا يتصدق؛ لما ذكرناه في المسالة الأولى.

ولو هلك العبد في يد الغاصب بعد الاستغلال وضمنه.. له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان بالإتفاق.

أما عند أبي يوسف: فظاهر.

وأما عندهما: فلأن الخبث [٥٨٧/أ] لأجل المالك.

وَإِن تصـرَّفَ فِـي الْغَصْـبِ، أَوِ الْوَدِيعَـةِ فـربحَ وهُمـا يتعيَّنـانِ بِـالتَّعْيِينِ.. تصدَّقَ بِالرِّبْحِ.

حتى لو أدى إلى المالك الغلة مع العبد.. يحل له التناول إلى الغلة؛ فإذا ضمن له.. زال الخبث بالضمان.

بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري، ثم استحق وغرمه المشتري.. فليس للغاصب حينئذ أن يستعين في أداء الثمن إلى المشتري بالغلة؛ لأن الخبث ما كان لأجل المشتري حتى زال بالأداء إليه.

إلا إذا لم يجد الغاصب غير الغلة؛ لأنه حينئذ يحتاج إليها.. فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه؛ كما أن له التصدق إلى نفسه إذا كان فقيراً محتاجاً إليها.

ثم جواب الإمامين في الوديعة: أظهر من جواب أبي يوسف؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف في الوديعة؛ لانعدام سبب الضمان قبله، فكان التصرف في غير ملكه مطلقاً، فيكون الربح خبيثاً.

ثم الخبث في الربح يتحقق وإن تناولته الأيدي.

ولهذا قال في «الهداية»: ومن غصب ألفاً، فاشترى بها جارية، فباعها بألفين [ثم اشترى بالألفين][1] جارية فباعها بثلاثة آلاف.. فإنه يتصدق بجميع الربح عندهما.

(**وإن تصرف في الغصب أو الوديعة**) بالبيع (**فربح**)، وهو على وجوه، أشار إلى تفصيلها:

- (**وهما**)؛ أي: المغصوب والوديعة، وكذا العارية (**يتعينان بالتعيين**) كالعروض (.. **تصدق بالربح**) عندهما.

يعني: لو غصب شيئاً مما يتعين بالتعيين، أو أودع رجل عنده شيئاً منه فباعه وربح فيه؛ بأن باعه أكثر من قيمته.. يتصدق بالربح؛ لأنه لا يحل له التناول من ذلك الشيء قبل ضمان قيمته، وبعد الضمان: يحل له التناول، إلا فيما زاد على قدر قيمته،

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الهداية» (٢٩٨/٤).

خلافاً لَهُ أَيْضاً.

وَإِن كَانَا لَا يتعيَّنانِ: فَإِن أَشَارَ إِلَيْهِمَا ونقدَهُما.. فَكَذَلِك.

وَإِن أَشَارَ إِلَى غَيرِهِمَا ونقدَهما، أَو أَشَارَ إِلَيْهِمَا وَنقَد غَيرهمَا، أَو أطلق ونقدَهما.. طَابَ لَهُ الرِّبْحُ اتِّفَاقاً.

قيل: وَبِه يُفْتى.

وَالْمُخْتَار: أَنَّهُ لَا يطيبُ مطلقاً.

وهو المراد بالربح المذكور ههنا.. فيتصدق به؛ لأنه حصل بسبب خبيث، فسبيله التصدق.

(**خلافاً له**) أي: لأبي يوسف (**أيضاً**). وقد تقدم وجهه أيضاً.

• (**وإن كانا لا يتعينان**) كالنقدين؛ يعني: لو غصب درهماً أو ديناراً وأودع رجل عنده درهماً أو ديناراً، فتصرف فيهما بأن اشترى بهما شيئاً:

(**فإن أشار إليهما**)؛ أي: إلى النقد المغصوب أو النقد الوديعة وقت العقد (**ونقدهما.. فكذلك**)؛ أي: يتصدق بالربح؛ لأن الإشارة وإن لم تفد التعيين فيما لا يتعين.. إلا أن نقدهما بعد الإشارة إليهما يعينهما، فيتحقق الخبث بالنقد.. فيتصدق.

(**وإن أشار إلى غيرهما ونقدهما، أو أشار إليهما ونقد غيرهما، أو أطلق**) وقت العقد (**ونقدهما.. طاب له الربح اتفاقاً، قيل: وبه يفتى**)، وهو قول الكرخي.

(**والمختار: أنه**) أي الربح (**لا يطيب مطلقاً**)؛ أي: في الوجوه الأربعة كلها.

اعلم: أن تصرف الغاصب في المغصوب؛ إما بالاستغلال والإيجار، أو بالبيع [٥٨٧/ب].

فإذا كان الأول: فسبيله التصدق عندهما كما تقدم.

وإن كان الثاني:

فإما أن يكون المغصوب مما يتعين بالتعيين، أو مما لا يتعين:

فإن كان الأول: فسبيله التصدق أيضاً عندهما كما تقدم.

وإن كان الثاني: فهو على أربعة أوجه على ما ذكره الكرخي و«الهداية» والمصنف وغيرهم.

وذكر في «العناية» نقلاً عن «المبسوط» وجهاً خامساً، وهو: أن الغاصب دفع إلى البائع تلك الدراهم المغصوبة أولاً ثم اشترى منه بتلك الدراهم.

ففي الوجه الأول - من هذه الوجوه الخمسة؛ أعني: أن يشار إليهما وينقدهما - وفي الوجه الأخير: لا يطيب له الربح، ويطيب في الوجوه الثلاثة الباقية على قول الكرخي.

وأما الفتوى اليوم: فعلى قوله؛ دفعاً للحرج عن الناس.

ووجهه: أن الإشارة لا تفيد فيما لا يتعين، فكان وجودها وعدمها سواء، لا تؤثر وحدها في تحقق الخبث، بل لا بد أن تتأكد بالنقد حتى يتحقق الخبث.

ففي الوجه الأول: لما تأكد الإشارة بالنقد.. تحقق الخبث، فلزم التصدق.

وفي الوجه الخامس: لما دفع تلك الدراهم أولاً إلى البائع، ثم عقد.. تحقق الخبث بذلك أيضاً؛ لتعين تلك الدرهم بالثمنية.

وأما الوجوه الثلاثة الباقية: فلم تتأكد الإشارة بالنقد، فلم يتحقق الخبث، فيطيب له الربح.

قال فخر الإسلام: قال مشايخنا: لا يطيب له الربح مطلقاً قبل الضمان، ولا بعد الضمان في الوجوه كلها، وهو المختار؛ لإطلاق الجواب في «الجامعين» و«المبسوط»، وذلك: لأنه **إذا نقد منها ولم يشر إليها**.. فسلامة المبيع له حصلت بهذه الدراهم المغصوبة، فثبتت شبهة الخبث في الربح.

وإن أشار إليها ونقد من غيرها.. فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة، فتمكن شبهة الخبث أيضاً.

وَلَوِ اشْترى بِأَلِفِ الْغَصْبِ، أَوِ الْوَدِيعَةِ جَارِيَةً تَعدِلُ أَلفَيْنِ، فَوَهَبَهَا، أَو طَعَاماً فَأَكلَهُ.. لَا يتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ.

وكذا إن أطلق نقدهما.. حصل شبهة الخبث.

وأما في الوجه الأول والخامس: فثبوت الخبث فيهما لما ذكرناه من قبل، فاستوت الوجوه كلها في الخبث ولزوم التصدق.

وعلى هذا: دراهم الوديعة أيضاً.

(**ولو اشترى بألف الغصب أو الوديعة جارية تعدل ألفين فوهبها**) أو اشترى بألف الغصب (**أو**) الوديعة (**طعاماً فأكله.. لا يتصدق بشيء**) بالاتفاق؛ لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس؛ بأن يصير الأصل ما زاد عليه دراهم أو دنانير، ولم يصر ههنا كذلك.. فلا يظهر الربح حتى يتصدق.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِن غيَّرَ مَا غصَبَهُ فَزَالَ اسْمُهُ وَأَعظَمُ مَنَافِعِهِ.. ....

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ مَا يَتَغَيَّرُ بِهِ المَغْصُوب وَيَزُولُ بِهِ ملك المَالِكِ

أي: المغصوب منه.

(وإن غيّر) الغاصب **(ما غصبه)** بالتصرف فيه ولو باختلاط [٥٨٨/أ] ملكه؛ بحيث لا يتميز أصلاً أو بحرج.

بخلاف ما إذا غصب صبياً فصار ملجئاً عنده؛ فإنه أخذه من الغاصب بلا ضمان، إن لم يتغير منه بالتصرف فيه.

وبخلاف ما إذا غصب العنب وصار زبيباً بنفسه، أو غصب الحليب وصار لبناً بنفسه، أو غصب العصير وصار خلاً، أو الرطب تمراً بنفسه.. فإن المالك فيه مخير: إن شاء.. أخذه، وإن شاء.. تركه وضمنه.

(فزال اسمه)، احترز به عما إذا غصب شاة فذبحها.. فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها؛ لأنه لم يزل اسمها؛ يقال: «شاة مذبوحة» كما يقال: «شاة حية».

وكما إذا غصب كاغدا فكتب عليه؛ لأنه لم يزل اسمه.

(وأعظم منافعه)، قيل: ذكره ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها؛ فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاء وبذراً وغيرها: يزول بالطحن.

والظاهر: أنه تأكيد لما قبله؛ فإن الحنطة إذا طحنت.. زال اسمها ويقال: «دقيق» لا «حنطة».

ويمكن أن يقال: ذكره احترازاً عن دراهم؛ فسبكها بلا ضرب؛ فإنه وإن زال اسمه.. لكن تبقى أعظم منافعه، ولذا: لا ينقطع حق المالك عنه. كذا في «المحيط» وغيره.

ضَمِنَهُ وَمَلَكَهُ.

وَلَا يحلُّ انتفاعُهُ بِهِ قبلَ أَدَاءِ الضَّمَانِ؛ ....

(.. ضمنه وملكه)، يتقرر الضمان عليه كما هو المتبادر، وإليه ذهب المتقدمون من أصحابنا.

وقال بعض المتأخرين منهم: إنه يملكه بالغصب عند أداء الضمان. نقله شارح «النقاية» عن «المبسوط».

قال في «الكفاية» نقلاً عن «الإيضاح»: وفي «شرح النقاية» نقلاً عن «النهاية»: أنه إذا غير المغصوب بفعله بحيث يزول اسمه.. ضمنه وملكه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة وأراد أخذ المغير.. لم يكن له ذلك؛ لأن الملك قد زال عنه، بل له أخذ القيمة.

ثم نقل شارح «النقاية» عن مفتي الثقلين: أن الصحيح عند المحققين من مشايخنا: أن الغاصب لا يملكه بمجرد ذلك إلا عند تراضي الخصمين بالضمان أو بقضاء القاضي بذلك، أو بأداء البدل. كذا في «الذخيرة».

(**ولا يحل انتفاعه به**)، أي: بالمغصوب المغير وإن كان قد ملكه بتقرر الضمان عليه، أو بالغصب عند أداء الضمان على الاختلاف السابق.

(**قبل أداء الضمان**)؛ لقوله ﷺ في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها «أطعموها»؛ فإن الأمر بالتصدق أفاد زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء، والحديث مشهور.

ومعنى «المصلية»: المشوية.

ولأنه لو حل الانتفاع به.. يلزم منه فتح باب الغصوب، وفي منعه.. حسم مادته فيمنعه عن الانتفاع به قبل أداء البدل أو حكم الحاكم بالقيمة [٥٨٨/ب] أو تراضيهما على مقدار؛ فإن وجد أحد من هذه الثلاثة.. حل الانتفاع، وإلا.. فلا.

كشاةٍ ذَبحَهَا وطَبَخَها، أَو شَوَاها، أَو قطَّعَهَا.

وبُرِّ طَحَنَهُ، أَو زَرَعَهُ.

ودقيقٍ خَبَزَهُ.

وعِنَبٍ، أَو زيتونٍ عَصَرَهُ.

وقُطنٍ غَزَلَهُ.

وغزلٍ نَسَجَهُ.

وحديدٍ جعلَهُ سَيْفاً.

وصُفرٍ جَعَلَهُ آنِيةً وساجةً.

أَو لَبِنَةٍ بنى عَلَيْهَا.

وعن أبي يوسف في الحنطة المزروعة والثياب المذروعة: يحلّ له الانتفاع قبل أداء الضمان؛ لوجود الاستهلاك من كل وجه، ولا يتصدق بالفضل عنده كما تقدم.

(**كشاة ذبحها وطبخها أو شواها أو قطعها**).

قيل: لا ينقطع بالقطع حق المالك.

وقيل: ينقطع.

والمختار: هو الأول.

(**وبر طحنه أو زرعه، ودقيق خبزه، وعنب أو زيتون عصره، وقطن غزله، وغزل نسجه، وحديد جعله سيفاً، وصفر جعله آنية، وساجة أو لبنة بنى عليها**)؛ أي: على الساجة واللبن المغصوبين، والساجة – بالجيم –: خشبة للأساس، هذا كله مذهبنا.

وقال الشافعي – وهو رواية عن أبي يوسف –: لا ينقطع حق المالك عن العين المغصوبة بذلك.

غير أن أبا يوسف قال: إنه إذا اختار العين.. لا يضمّنه النقصان في الأموال الربوية كالدقيق مثلاً؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ إذ الدقيق عين الحنطة من كل وجه؛ لأن

عمل الطحن: في تفريق الأجزاء، لا في إحداث ما لم يكن موجوداً، وتفريق الأجزاء لا يبدل العين؛ كالقطع في الثوب.

وقال الشافعي: يضمنه؛ لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وعنه أيضاً: أنه يزول ملكه عنه، ولا يسقط عنه حقه، لكنه يباع في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته.

وللشافعي: أن بقاء العين المغصوبة يوجب البقاء على ملك المالك؛ إذ الواجب الأصلي في الغصب: ردُّ العين عند قيامه، ولولا بقاؤه على ملك المالك.. لما كان كذلك، والعين باقية ههنا على ما هو المفروض، فتبقى على ملكه.

وتتبعه الصنعة الحادثة: بالغصب، والتغيير: في البقاء؛ لأنها تابعة للأصل؛ كما إذا ذهبت الريح في حنطة وألقتها في طاحونة، فطحنت.. فإن الدقيق يكون لمالك الحنطة، فكذلك هذا.

فإن قيل: هذا القياس فاسد؛ لأنه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون هذه المسألة.

أجيب: بأنه لا معتبر بفعل الغاصب؛ فإنه محظور، فلا يصلح سبباً للملك؛ لأن المِلك نعمة من نعم الله تعالى، والمحظور شرعاً: نقمة، والنقمة لا تصير سبباً للنعمة، فصار وجوده كعدمه، فصارت صورة النزاع مثل المقيس عليه – أعني: مسألة الطاحونة - وصار أيضاً كما إذا ذبح شاة مغصوبة وجعلها عضواً عضواً [٥٨٩/أ].. فإن المالك يأخذها لبقاء ملكه؛ فإنَّ فعل الغاصب فيها ليس بسبب للملك؛ لكونه محظوراً.

ولنا: أنه أحدث صنعة متقومة؛ لأن قيمة الشاة تزداد بطحنها وشيِّها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً، وإحداثها جعل حق المالك هالكاً من وجه، ألا

وَإِن جعلَ الْفضَّـةَ أَوِ الذَّهَبَ دِرْاهَـمَ أَو دَنَانِيرَ، أَو آنِيـةً.. لَا يملكُهُ، وَهُوَ لمَالِكِهِ بِلَا شَيْءٍ.

ترى: أنه تبدَّل الاسمُ وفات معظم المقاصد، وحق الغاصب في هذه الصنعة قائم من كل وجه، وما هو قائم من كل وجه: [مرّجح على الهالك من وجه][1] فينقطع حق المالك بالشي والطبخ والطحن وغيرها من الأحوال المذكورة.

وهذه الصنائع لها جهتان:

جهة تفويت يد المالك عن المحل.

[وجهة إحداث صنعة][1]، وهي [سبب] من هذه الجهة.

بخلاف الشاة المذبوحة بدون الطبخ والشي؛ فإنه بالذبح لم يتبدل الاسم ولو مسلوخاً ومقطوعاً عضواً عضواً؛ إذ يقال: «شاة مذبوحة مسلوخة» كما يقال «شاة حية» والسلخ والقطع لا يبدل الاسم، ولا يفوت المقصود؛ لأن المقصود من الشاة اللحم والذبح، ثم السلخ والتقطيع يحققه ولا يفوته.. فلا يصلح مقيساً عليه.

واعلم: أن كل موضع ينقطع فيه حق المالك.. فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من سائر الغرماء حتى يستوفي حقه؛ فإن ضاع ذلك.. ضاع من مال الغاصب، ولا يكون هذا بمنزلة الرهن. كذا في «العمادي» نقلاً عن «المنتقى».

ولما ذكر ما ينقطع به حق المالك.. شرع في بيان ما لا ينقطع به حق المالك فقال: (**وإن جعل الفضة**) المغصوبة (**أو الذهب**) المغصوب (**دراهم أو دنانير أو آنية**) أو حلياً (.. **لا يملكه**) الغاصب (**وهو لمالكه بلا شيء**) عند أبي حنيفة؛ لأن العين باقية من كل وجه.

ألا ترى: أن الاسم باق ولم يزل، وكذلك الأحكام المتعلقة بالذهب و الفضة من الثمنية والموزونية، وجريان الربا، ووجوب الزكاة عند النصاب: باقية كما كانت.. فلم ينقطع حق المالك منها بتلك الصنعة.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «العناية» (٩/٣٣٤).

وَعِنْدَهُمَا: يملكُهُ الْغَاصِبُ وَعَلِيهِ مثلُهُ.

(وعندهما: يملكه الغاصب وعليه مثله):

لأنه أحدث فيهما صنعة معتبرة متقومة، جعل إحداثُها حقَّ المالك هالكاً من وجه.

ألا ترى: أنه كسر وفات عليه بعض المقاصد، وحق الغاصب ثابت في الصنعة من كل وجه، فيترجح حقه كما تقدم.

ولأنه كان قبل ذلك تبراً، وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات، وبعدما ضربه.. صلح لذلك.

وهذا يدل أيضاً: على تغايرهما اسماً ومعنى؛ لأنه كان قبل الضرب يسمى: تبراً وفضة وذهباً، وبعده: دراهم ودنانير، وبمثل ذلك [٥٨٩/ب]: ينقطع حق المالك.

والجواب لأبي حنيفة: لا نسلم أن ما أحدث من الصنعة فيها معتبرة متقومة، وإنما تعتبر الصنعة وتقوّم عند المقابلة بخلاف الجنس؛ كمن استهلك قلب فضة.. فعليه قيمته من الذهب مصنوعاً عندنا، وذلك لأنا:

لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها.. أدى إلى الربا.

ولو أوجبنا وزنها.. كان فيه إبطال حق المالك عن الجودة والصنعة؛ فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا.. قلنا: يضمن قيمته من الذهب مصنوعاً، فاعتبرت الصنعة عند المقابلة بخلاف الجنس.

وإن وجد صاحبه مكسوراً ورضي به.. لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه عاد إليه عين ماله، فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، فكانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه، فلا تصلح؛ لإبطال حق ثابت من كل وجه.

ولا نسلم أن صلاحيته لرأس المال بعد الضرب يدل على تغايرهما؛ لأن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة؛ لأنه هلك العين بها من وجه فحصل التغاير.

فَإِن ذبحَ الشَّاةَ.. فالمالكُ إِن شَاءَ طرحَها عَلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قيمتَهَا، أَو أَخذَهَا وَضَمَّنَهُ نُقصانَها.

وَكَذَا: لَو قطعَ يَدَهَا ....

(فإن ذبح الشاة)؛ أي: ذبح شاة الغير بغير أمره (.. فالمالك) مخير؛ (إن شاء.. طرحها)؛ أي: الشاة المذبوحة (عليه)؛ أي: على الذابح (وضمنه قيمتها، أو أخذها) أي: الشاة المذبوحة (وضمنه نقصانها). هذا جواب ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يأخذها، ولا يضمنه شيئاً؛ لأن الذبح والسلخ في الشاة ليس بنقصان؛ لأن معظم المقاصد في الشاة: اللحم، والذبح يحققه، ولا يفوته.

وجه الظاهر: أن إزالة الحياة: إتلاف وجه باعتبار بعض الأغراض من الدر و النسل، فكان للمالك الخيار؛ لاحتمال أن يكون له في بقائها حية مقصود من الدر والنسل.

وكذا لو قطع الجزور - وهو ما أعد للذبح - لأنه وإن أعد للذبح.. لكن يجوز أن يكون للمالك مقصود في بقائه حياً من الدر والنسل والحمل، فيخير بين الطرح عليه وضمان القيمة، وبين الأخذ وضمان النقصان.

(وكذا)؛ أي: مخير بين ضمان القيمة مع الطرح عليه، وبين ضمان النقصان مع الأخذ (لو قطع يدها)؛ أي: الشاة؛ لأن قطع يدها - وكذا رجلها - تفويت من وجه؛ لأنه يضر في بقائها حياً.. فيخير المالك.

وكذا لو قطع يد الجزور، كذا في «الهداية»؛ حيث قال: ومن ذبح شاة غيره.. فمالكها بالخيار: إن شاء.. ضمنه قيمتها وسلمها له، وإن شاء.. ضمنه نقصانها، وكذا الجزور.

وكذا إ ذا قطع يدهما [٥٩٠/أ] في ظاهر الرواية؛ لأنه إتلاف من وجه باعتبار: فواتِ بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل، وبقاءِ بعضها من اللحم، فصار

كالخرق الفاحش في الثوب. انتهى.

بقي الكلام في الجناية على العين.

ففي «العمادي»: في عين الشاة: قيمة النقصان.

وفي عين بقرة الجزار وعين جزوره: ربع القيمة.

وكذا: عين الحمار والبغل والفرس.

وذكر في «المنتقى»: ما يحمل على ظهره.. في عينه: ربع القيمة، وما لا يحمل عليه لصغره كالفصيل والطير والجحش؛ إذا فقئ منه عين واحدة.. ففيه ربع القيمة.

ثم قال نقلاً عن «فتاوى ظهير»: ولو فقأ عين حمار.. قال أبو حنيفة: إن شاء.. سلم الجثة وضمنه كل قيمته، وليس له أن يمسك الجثة ويضمنه النقصان، وهكذا في «الفصولين» أيضاً.

وفي «الاختيار»: في عين شاة القصاب: ما نقصها.

وقال أبو يوسف: عليه ما نقصه في جميع البهائم؛ اعتباراً بالشاة.

ثم بقي الكلام في ذبح شاة لا يرجى حياتها وما يناسبه من ثبوت الإذن دلالة، وتسمى المسائل الاستحسانية:

ففي «العمادي» و«الفصولين» نقلاً عن «فوائد صدر الإسلام»: إذا ذبح شاة لا ترجى حياتها.. لا يضمن استحساناً، والأجنبي والراعي فيه سواء.

في الفرس والبغل.. يفتى بالضمان في الأجنبي، وإنما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجى حياتهما.

والراعي والبقّار لو ذبح البغل أو الحمار.. لا يضمن.

وفي «فتاوى قاضي ظهير»: إذا خاف على شاة فذبحها.. ذكر في «الأصل»: أنه يضمن قيمتها يوم الذبح.

أَو قطَعَ طرفَ دَابَّةٍ غيرَ مأكولةٍ، ....

قال الإمام خواهر زاده: وإنما يضمن إذا ذبح شاة يرجى حياتها؛ أما إذا تيقن بموتها.. لا يضمن؛ لأنه مأمور بحفظها، وذبحها إذ ذاك: حفظ مأذون فيه دلالة.

وفي «فوائد صدر الإسلام»: من أحضر فَعَلَةً لهدم داره، فجاء إنسان فهدم بغير إذنه.. لا يضمن استحساناً.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس.. يثبت الاستعانة لكل واحد من آحاد الناس دلالة، وكل عمل يتفاوت فيه الناس.. لا يثبت الاستعانة لكل واحد من آحاد الناس؛ كما لو علق شاة للسلخ فجاء إنسان وسلخ بغير إذنه.. يضمن؛ لأن الناس تتفاوت في السلخ دون الذبح.

(**أو قطع طرف دابة غير مأكولة**)؛ أي: هو مخير بين الطرح عليه وأخذ جميع قيمتها، وبين الأخذ وتضمين نقصانها لو قطع طرف دابة غير مأكولة كالفرس والحمار [٥٩٠/ب] والبغل، هذا هو الظاهر من كلامه، وهو خلاف ما ظهر من «الهداية»؛ فإن الظاهر منها: ضمان جميع القيمة بلا خيار؛ حيث قال: ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم، فقطع الغاصب طرفها.. فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها؛ لوجود الاستهلاك من كل وجه.

وقد ذكر قبله: أن من قطع طرف مأكول اللحم من الحيوان.. مخير بين الأمرين المذكورين.

وعلله: بأنه إتلاف من وجه.

فظهر: أن ما بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فرقاً في قطع طرفيهما:

القاطع في الأول: مخير بين الأمرين المذكورين.

ولا خيار في الثاني، بل ضمان جميع القيمة بلا خيار.

وقال في «العمادي» نقلاً عن «العيون»: قال أبو حنيفة: إذا استهلك رجل حمار غيره أو بغله بقطع يده أو بذبحه؛ إن شاء صاحبه.. ضمنه وسلمه إليه، وإن شاء..

حبسه ولا يضمنه شيئاً. وعليه الفتوى.

ولو ضرب رجل الدابة حتى صارت عرجاء.. فهو كالقطع.

ثم قال نقلاً عن «فتاوى ظهير»: من ذبح شاة غيره ظلماً.. فمالكها بالخيار: إن شاء ترك المذبوح عليه وضمنه قيمتها، وإن شاء أخذ المذبوح وضمنه النقصان.

وكذا: إذا سلخها وجعلها عضواً عضواً.

ولو قطع يد حمار أو بغل أو قطع رجله.. فصاحبه بالخيار:

إن شاء ضمنه قيمته ودفع الدابة، وإن شاء أمسكها، ولا يرجع على الغاصب بشيء.

بخلاف ما إذا كان المغصوب عبداً أو جارية وقطع يدهما أو رجلهما.. فإنه كان للمالك أن يضمن الغاصب القيمة ويدفع إليه المغصوب، وإن شاء ضمنه النقصان وأخذ المقطوع.

والفرق: أن الآدمي بقطع اليد أو الرجل لا يصير مستهلكاً، والدواب تصير به مستهلكاً.

هذا إذا كانت الدابة مما لا يؤكل لحمه.

فإن كانت مما يؤكل لحمه كالشاة والجزور.. ففي ظاهر الرواية: هذا والأول سواء؛ للمالك أن يضمنه جميع قيمتها، وليس له أن يضمنه النقصان ويمسك الدابة. هكذا ذكره.

ثم قال: لو ذبح حمار غيره.. ليس له أن يضمن النقصان، ولكن يضمنه جميع القيمة عند أبي حنيفة.

وعلى قول محمد: له أن يمسكه ويضمن النقصان، وإن شاء ضمنه كل القيمة، ولا يمسك المذبوح. الكل في «العمادي».

كله مخالف لما ذكره المصنف في قطع طرف دابة غير مأكولة من التخيير بين الأمرين المذكورين، إلا ما نقله عن محمد.. فإنه على وفق ما ذكره المصنف.

ثم ما ذكره «العمادي» فيما يؤكل لحمه من قوله: «ففي ظاهر الرواية: هذا والأول سواء [٥٩١/أ].. إلى آخره»: مخالف لما ذكره المصنف فيما يؤكل لحمه أيضاً، فيحمل كلام المصنف على غير ظاهر الرواية.

قال في «الكفاية»: وفي «المنتقى»: عن هشام عن محمد: رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي منه قيمته، فله أن يمسك ويأخذ النقصان.

ويمكن حمل كلام المصنف على هذا أيضاً؛ يعني: لو قطع طرف دابة غير مأكولة.. ينظر:

فإن كان لما بقي بعد القطع قيمة.. فهو مخير بين طرح الدابة عليه وتضمين جميع القيمة، وبين إمساك الدابة وتضمين نقصانها.

وإن لم يكن لما بقي قيمة.. فالواجب تضمين جميع القيمة وطرح الدابة عليه وليس له أن يمسكها ويضمن النقصان.

ثم قال في «الكفاية» أيضاً: إن ذبح حمار إنسان ذبحاً، فقال صاحبه: إني أضمّنه النقصان ولا أسلم الجلد إليه؛ فإن كان لجلد الحمار ثمن.. فله ذلك.

وإن قتله.. فليس له ذلك؛ لأن ذبحه بمنزلة الدباغ فله قيمة، بخلاف القتل.

هذا كله في قطع طرف الدابة من يدها ورجلها، وقد ذكرنا حكم فقء عينها، بقي الكلام في قطع أذنها أو ذنبها:

ففي «العمادية»: إذا قطع أذن الدابة أو بعض أذنها.. ضمن النقصان.

وكذلك: لو قطع ذنبها.. يضمن النقصان.

جعل قطع الأذن والذنب نقصاناً يسيراً.

وقال في «فتاوى شيخ الإسلام الأنقروي» نقلاً عن «الفتاوى»: لو قطع ذنب

أَو خَرَقَ الثَّوْبَ خَرقاً فَاحِشاً فَوّتَ بعضَ الْعينِ وَبَعضَ نَفعِهِ.
وَفِي يسيرٍ نَقصَهُ وَلم يُفَوِّت شَيْئاً مِنَ النَّفْعِ.. يضمنُ نقصانَهُ.

فرس القاضي.. يضمن جميع القيمة، فقد [فرَّق] بين ذنب دابة القاضي وغيره من عوام الناس، ولعل ذنب فرس المفتي والأمير كذلك.

ولو وطئ فرس غيره أو حماره.. فلصاحب الفرس: أن يدفع فرسه إليه ويضمن قيمته، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(أو خرق الثوب خرقاً فاحشاً فوّت بعض العين وبعض نفعه، وفي) خرق **(يسير نقصه ولم يفوت شيئاً من النفع.. يضمن نقصانه)**.

اختلفوا في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش:

فقال بعضهم: ما أوجب نقصان ربع القيمة.. فهو فاحش، وما أوجب دونه.. فهو يسير.

وقال بعضهم: ما أوجب نقصان نصف القيمة.. فهو فاحش، وما أوجب دونه.. فهو يسير.

وقال بعضهم: ما يبطل به عامة المنافع.. فاحش، واليسير خلافه، وإليه أشار في «القدوري».

وقال في «الهداية»: والصحيح: أن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة ويبقى بعض من كل منهما.

واليسير: ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يريد فيه النقصان - أي: بحسب المالية - بسبب فوات الجودة.

وإنما [٥٩١/ب] كان هذا صحيحاً؛ لأن محمداً جعل في «الأصل»: الخرق الفاحش كذلك، ولهذا اختاره المصنف.

إذا عرفت هذا.. فالغاصب إذا خرق الثوب المغصوب خرقاً فاحشاً بالمعنى الذي ذكره.. فمالكه مخير بين طرح الثوب عليه وتضمين قيمته، وبين إمساك الثوب

وتضمين نقصانه؛ لأنه استهلاك من هذا الوجه؛ فإنه قبل القطع صالح لجميع أنواع الثياب، وبعده: لم تبق هذه الصلاحية.

وإنما بقي له صلاحية لبعض الثوب، فكان مستهلكاً من وجه دون وجه.. فلصاحبه الخيار بين الخيارين المذكورين.

وإن خرقه خرقاً يسيراً بالمعنى الذي ذكره.. ضمن نقصانه، والثوب لمالكه؛ لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب منقص.. فيضمن النقصان.

قال في «العمادي»: غصب ثوب إنسان ولبسه، فجاء صاحب الثوب فمد ثوبه والغاصب لا يعلم أنه صاحب الثوب، فتخرق الثوب.. لا ضمان على الغاصب؛ لأنه تخرق من مده.

ولو قال صاحب الثوب: رد على ثوبي، فمنعه الغاصب، فمد مداً لا يمد مثله من شدته، فتخرق.. لا ضمان على الغاصب أيضاً؛ لأنه بمنزلة سكين جاء به فخرقه.

ولو مده كما يمد الناس عادة، فتخرق منه.. ضمن الغاصب نصف القيمة؛ لأنه من جنايتهما.

ولو كان الثوب ملكاً لمن لبسه، فمده إنسان مداً لا يمد بمثله أو يمد بمثله، فتخرق.. فعلى المادّ جميع القيمة؛ لأن التخرق يضاف إلى مده.

موضع المسألة في الثوب، والحكم في كل عين من الأعيان الغير الربوية: كذلك.

ولذا قال شمس الأئمة السرخسي: الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخير المالك بين الخيارين إذا كان الخرق فاحشاً هو الحكم في كل عين من الأعيان، إلا في الأموال الربوية؛ فإن وجد التعييب فيها؛ فاحشاً كان أو يسيراً.. كان لصاحبها الخيار: بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين ويضمن مثله أو قيمته؛ لأن تضمين النقصان متعذر؛ لأنه يؤدي إلى الربا.

وَمَن بنى فِي أَرضِ غَيرِهِ.. أُمِرَ بِالْقَلْعِ وَالرَّدِّ.

ثم الحكم المذكور: فيما إذا قطع الثوب ولم يجدد فيه صنعة، وأما إذا جدد فيه صنعة بأن خاطه قميصاً مثلاً.. فإنه ينقطع به عنه حق المالك عندنا. كذا في «الزيلعي» عن «النهاية».

(ومن بنى في أرض غيره) بغير رضاه أو غرس شجراً (.. أُمِرَ) الغاصب - على صيغة المجهول - (بالقلع)؛ أي: قلع البناء والشجر.

بخلاف ما لو غصب تالة صغيرة، فغرسها في ملكه فأدركت [٥٩٢/أ] في أرضه.. فلصاحب التالة قيمة التالة، ولا سبيل له على النخلة عندنا؛ لأنها صارت تابعة لأرضه. كذا في «العمادية».

وقال في غصب «القنية»: وصل غصنه بشجرة غيره فأثمر الوصل.. فهو له، والشجرة لصاحبها. انتهى.

فعلم أنه: لو وصل غصنه بشجرة غير مملوكة.. تعتبر الشجرة ملكاً له أيضاً؛ كما لو وصل غصنه في الأشجار النابتة في الأراضي الغير المملوكة.

ولهذا أفتى مشايخ الإسلام: بأنه لو وصل غصنه بشجرة نابتة في الأراضي الأميرية بغير إنبات متصرفها.. تصير الشجرة ملكاً لصاحب الغصن لا لمتصرف الأرض.

(والرد)؛ أي: رد الأرض إلى صاحبها؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حق» أي: ليس لذي عرق ظالم، حتى وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازاً؛ كما يقال: «نهاره صائم».

ولأن ملك صاحب الأرض باق؛ فإن الأرض لم تصر مستهلكة بالبناء والغرس، ولا مغصوبة حقيقة؛ لعدم الانتقال فيها، ولا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب، فيؤمر بتفريغها وردها إلى مالكها؛ كما إذا أشغل ظرف غيره بطعامه.. فإنه يؤمر بتفريغ الظرف والرد إلى مالكه. كذا في «الهداية» و«مختصر القدوري».

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي: أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً، فقال: إن كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء.. فله أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء.. ليس له أن يأخذها.

وفي «العمادي» نقلاً عن «العمدة»: أن بعض المتأخرين أفتوا بقول الكرخي؛ فإنه حسن، ونحن نفتي: بجواب الكتاب - أي: «مختصر القدوري» - اتباعاً لمشايخنا.

وقالوا: إن ما ذكره الكرخي قريب من مسائل حفظت عن محمد؛ حيث قال: لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعتها دجاجة إنسان.. ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة؛ فإن كانت قيمة الدجاجة أقل.. يخير صاحب اللؤلؤة: إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها، وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة.

وكذا إذا أدخل شاة أو بقر رأسه في قدر من النحاس وتعذر إخراجه منه.. ينظر: أيهما أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه، ويتملك صاحبه ويتخير بعد ذلك في إتلاف أيهما شاء.

وكذلك لو دخل فصيل إنسان في داره وكبر فيها ولم يمكن إخراجه إلا بهدم [٥٩٢/ب] الجدار.. ينظر: أيهما أكثر قيمة، وهكذا.

وقال في «العمادية» نقلاً عن صاحب «الذخيرة»: غصب أرضاً وزرعها ونبت.. فلرب الأرض أن يأمر الغاصب بقلع الزرع؛ فإن أبى.. فللمغصوب منه أن يقلع؛ فإن لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع.. فإنه للغاصب، وللمالك أن يرجع بنقصان الأرض.

وفي «الفصولين»: لو غصب أرضاً وزرعها، فلم تنبت حتى جاء صاحبها.. فهو مخير: إن شاء ترك بذره فيها بأجر المثل، وإن شاء ضمن البذر للغاصب.

بقي عن محمد: أنه يضمن له ما زاد البذر فيها: لو شاء.. تركه حتى تنبت ثم

وَإِن كَانَت تنقصُ بِالْقَلْعِ.. فللمالِكِ أَن يضمَنَ لَهُ قيمتَها مَأْموراً بقلعِها،...

يأمر بقلعه، ولو شاء.. أعطاه ما زاد البذر فيها، فتقوم الأرض وفيها بذر، وتقوم بلا بذر فقط لو شاء أخذه.

وعن أبي يوسف: أنه يعطيه مثل بذره.

والمختار: أن يضمن قيمة بذره منذ زراعتهما في أرض غيره، وهو أن تقوم الأرض مزروعة ببذر يجب قلعه إذا نبت، وغير مزروعة، ففضل ما بينهما: قيمة بذر ما زرع في أرض غيره.

ولو غصب أرضاً.. فلرب الأرض أن يأمر الغاصب بتفريغها، فلو أبى.. فلربها أن يقلعه بنفسه.

ولو لم يحضر رب الأرض حتى أدرك الزرع.. فهو للغاصب، وللمالك أن يرجع بنقصان أرضه. الكل في «الفصولين».

وفي الفصل الثلاثين من «العمادية»: لو اشترى أرضاً فبنى أو غرس، ثم استحق نصفها شائعاً.. هل يجبر على تفريغ الكل؟

ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في بناء أحد الشريكين في الأرض المشتركة، وثمة: تقسم الأرض بينهما؛ فما وقع من البناء في نصيب الذي لم يبْنِ.. يؤمر بقلعه.

وفي «جوامع الفقه للعتابي»: اشترى حائطاً وبنى عليها، ثم استحق ثلثه.. فله أن يرد المبيع ويرجع بالثَّمَن وثلث قيمة البناء على البائع.

(**وإن كانت**) الأرض (**تنقص بالقلع.. فللمالك**)؛ أي: لصاحب الأرض (**أن يَضْمَن**) - من الضمان لا من التضمين - (**له**)؛ أي: للغاصب (**قيمتها**)؛ أي: قيمة البناء أو الغرس (**مأموراً بقلعها**)؛ أي: قيمتها مستحق القلع لا قيمتها مقلوعاً - وسيأتي الفرق بينهما - فيكون كل من البناء والغرس: لصاحب الأرض؛ لأن فيه دفع الضرر عنهما، فتعين فيه النظر لهما.

فتقَّومُ الأَرْضُ بِلَا شجرٍ أَو بِنَاءٍ، وَتقوَّمُ مَعَ أَحدِهمَا مُسْتَحقَّ الْقلعِ.. فَيضمنُ الْفضلَ.

وإنما يضمن له قيمته مستحق القلع؛ لأنه يستحق القلع، فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعاً.

فبيَّن كيفية معرفة قيمته مستحق القلع؛ فقال: (**فتقوم الأرض بلا شجر أو بناء، وتقوم مع أحدهما مستحق القلع.. فيضمن**) صاحب الأرض (**الفضل**)؛ مثلاً: تعتبر قيمة الأرض بدون الشجر [٥٩٣/أ]: عشرة، ومع الشجر المستحق للقلع: خمسة عشر.. يضمن صاحب الأرض للغاصب خمسة، فتسلم الأرض والشجر له. كذا في «الهداية» و«العناية» و غيرهما.

وقال الشارح الزيلعي: وهذا ليس بضمان لقيمة الشجر مقلوعاً، بل هو ضمان لقيمته قائماً مستحق القلع، وإنما يكون ضماناً لقيمته مقلوعاً: أن لو قوم الشجر أو البناء مقلوعاً موضوعاً على الأرض؛ بأن يقدر الشجر: حطباً، والبناء: آجراً وحجارة مكومة على الأرض، فيقوم وحده من غير أن يضم إلى الأرض، فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية. انتهى.

مراده بذلك: بيان الفرق بين قيمة الشجر والبناء مقلوعاً، وبين قيمتها مستحق القلع.

وتحقيق الفرق: ما ذكره في «الدرر»: بأن قيمة الشجر والبناء المستحق القلع: أقل من قيمته مقلوعاً، فقيمة المقلوع إذا نقصت منها أجرة القلع.. كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع؛ فإن كانت قيمة الأرض: مائة، وقيمة الشجر المقلوع: عشرة، وأجرة القلع: درهم.. بقي بعد إخراج الدرهم تسعة، فالأرض مع الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم، فيضمن المالك التسعة. انتهى.

فظهر: أن المضمون ههنا: هو قيمة الشجر أو البناء المستحق القلع، لا قيمته مقلوعاً، ولهذا قال المصنف: مأموراً بقلعها لا مقلوعاً، فما وقع في بعض المحل لفظة «مقلوعاً»: ليس على ما ينبغي.

وَإِن صبغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ، أَو أصفرَ، أَو لَتَّ السَّويقَ بِسمنٍ.. فالمالكُ إِن شَاءَ ضَمَّنَهُ قيمَةَ ثَوْبِهِ أَبيضَ، وَمثلَ سَوِيقهِ، أَو أخذَهُما وَضَمِنَ مَا زَادَ الصِّبْغُ وَالسَّمنُ.

(وإن صبغ الثوب أحمر أو أصفر أو لتَّ السويق بسمن.. فالمالك)؛ أي: صاحب الثوب والسويق: مخير؛ (**إن شاء.. ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل سويقه، أو أخذهما**)؛ أي: الثوب والسويق (وضَمِن) المالك للغاصب - هو من الضمان لا من التضمين - (**ما زاد الصبغ والسمن**).

وقال الشافعي: في الثوب: يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان، وسلمه إلى صاحبه.

وإن انتقص بذلك قيمة الثوب.. فعليه ضمان النقصان؛ لأن الغاصب متعد، فلا يكون لفعله عبرة، والتمييز [ممكن][1] فصار نظير الغرس والبناء في الأرض.

بخلاف السمن في السويق؛ لتعذر التمييز.

ولنا: أن الصبغ مال متقوم كالثوب، وبجنايته لا يسقط تقوم ماله، فيجب صيانة حقهما ما أمكن، فكان صاحب الثوب أولى بالخيار؛ لأنه صاحب أصل، والآخر: صاحب وصف، وهو قائم بالأصل.

وكذا السويق أصل، والسمن تبع، ولهذا يقال: سويق ملتوت، فيخير صاحبه؛ لتعذر التمييز.

بخلاف البناء؛ لأن التمييز ممكن فيه بالنقض، وله وجودٌ بعد النقض، فأمكن إيصال [٥٩٣/ب] حق كل واحد منهما إليه، والصبغ يتلاشى بالغسل، فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه.

وبخلاف [ما] إذا انصبغ من غير فعل أحد؛ كإلقاء الريح.. حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار، بل يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ إلى صاحبه؛ لأنه لا

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/ ٢٣٠).

وَإِن صَبَغَهُ أَسودَ.. ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ أَبيضَ، أَو أَخذَهُ بِلَا ردِّ شَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ نقص.
وَعِنْدَهُمَا: الْأَسودُ كَغَيْرِهِ، وَهُوَ اخْتِلَافُ زمَانٍ.

جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب.

والجواب في لت السويق: كالجواب في الصبغ، إلا أنه يضمن مثل السويق، وفي الصبغ: قيمته؛ لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال، بخلاف الصبغ والثوب.. فإنهما من ذوات القيم.

وقال في «الكافي» نقلاً عن «المبسوط»: يضمن قيمة سويقه؛ لأنه يتفاوت بتفاوت القلي، فلم يبق مثلياً كما الخبز.

وقال أبو عصمة في مسألة الغصب: إن شاء رب الثوب.. باع، فيُضرِبُ كلٌّ واحد منهما بقيمة ماله، وهذا طريق حسن إلى وصول [حق][1] كل واحد منهما إلى صاحبه.

ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ بنفسه بلا صبغ أيضاً.

(وإن صبغه)؛ أي: الثوب المغصوب (أسود.. ضمَّنه) - من التضمين - أي: ضمَّن المالكُ الغاصبَ (قيمته)؛ أي: قيمة ثوبه حال كون الثوب (أبيض)، فيكون الثوب للغاصب.

(أو أخذه)؛ أي: أخذ المالكُ الثوبَ من الغاصبِ (بلا رد شيء) على الغاصب من أجرة صبغه وقيمته؛ (لأنه)؛ أي: الأسود (نقص)، وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: الأسود كغيره) في كونه زيادة.

قالوا: (وهو اختلاف زمان):

ففي زمان أبي حنيفة: كانوا يمتنعون عن لبس السواد فقال: إنه نقص.

وفي زمانهما: كانوا يلبسون السواد وقالوا: إنه مثل الأحمر في الزيادة.

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٥/٢٣٠).

فكلٌّ أجاب بما شاهد من عادة أهل زمانه، ولا خلاف فيه بينهما في الحقيقة.

وقال بعض مشايخنا: إن كان ثوباً ينقصه السواد.. فهو نقص، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد.. فهو كالحمرة.

وكذلك إن كان ثوباً ينقصه الحمرة.. فهو نقصان، وإن كان ثوباً يزيد فيه الحمرة أو الصفرة.. فهو زيادة.

ولهذا لم يقيدوا الصبغ في بعض الكتب بالحمرة والسواد أو غيرهما، بل ذكروا المسألة على إطلاق الصبغ؛ كما وقع في عبارة «الكنز»

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِن غَيَّبَ مَا غَصَبَهُ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ.. مَلَكَهُ مُسْتَنداً إِلَى وَقتِ الْغَصْبِ، .....

(فَصْلٌ)

(وإن غيب ما غصبه وضمن قيمته.. ملكه) الغاصب **(مستنداً إلى وقت الغصب)**.

اعلم: أن الأحكام تثبت بطرق أربعة على ما في «المستصفى»: **الاقتصار:** كما إذا أنشأ الطلاق والعتاق مثلاً.

والانقلاب: وهو انقلاب ما ليس بعلة علة؛ كما إذا علق الطلاق والعتاق بالشرط، فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة [٥٩٤/أ] علة؛ فإن الجزاء علة للحكم عند وجود الشرط عندنا.

والاستناد: وهو أن يثبت في الحال، ثم يستند قهقرياً؛ كالمضمونات: تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت وجوده، وكطهارة المستحاضة والمتيمم تنقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستنداً إلى وقت الحدث، ولهذا.. قلنا: لا يجوز المسح لهما.

والتبيين: وهوَ أن يظهر في الحال: أن الحكم كان ثابتاً من قبل؛ مثل أن يقول في اليوم: إن كان زيد في الدار فأنت طالق، وتبين في الغد وجوده فيها.. يقع الطلاق في اليوم، ويعتبر ابتداء العدة منه.

وكما إذا قال لامرأته: إذا حضت فأنت طالق، فرأت الدم.. لا يقضى بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة أيام؛ فإذا تم ثلاثة أيام .. حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت.

والفرق بين التبيين والاستناد:

أن في التبيين: يمكن أن يطلع عليه العباد.

وفي الاستناد: لا يمكن.

وَتَسلَمُ له الأَكسابُ دونَ الْأَوْلَادِ.

وَالْقَوْلُ فِي الْقيمَةِ لِلْغَاصِبِ مَعَ يَمِينِهِ إِن لَم يُبَرْهِنْ مَالِكَهُ على الزِّيَادَةِ.

وفي الحيض يمكن الاطلاع عليه بشق البطن، فيعلم أنه من الرحم.

وكذا: تشترط المحلية في الاستناد دون التبيين.

وكذا: الاستناد يظهر أثره في القائم دون المتلاشي، وأثر التبيين يظهر فيهما.

(ويسلَم) - من السلامة - (له)؛ أي: للغاصب (**الأكساب دون الأولاد**)، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يملكه؛ لأن الغصب عدوان محض، وما هو كذلك - لا يصلح سبباً للملك؛ لأنه نعمة؛ كما لو غصب مدبراً وغيبه وضمن قيمته؛ فإن الغاصب لا يملكه بالاتفاق.

ولنا: أن المالك ملك البدل بكماله بالضمان وهو القيمة، والبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك، وكل من ملك بدل شيء كذلك – أي: قابل للنقل من ملك إلى ملك - خرج المبدل عن ملكه ودخل في ملك صاحب البدل؛ رفعاً للضرر عن مالك البدل.. فثبت: أن الغاصب ملك بالضمان، ولكنه بطريق الاستناد، حتى ملك الأكساب لكونها تبعاً من كل وجه، بخلاف المدبر؛ لأنه غير قابل للنقل من ملك إلى ملك؛ لحق المدبر.. فلا يقاس عليه ما نحن فيه.

فإن قيل: إن المولى لو باع المدبر وحكم القاضي بجواز بيعه.. ينفذ البيع ويملكه المشتري ويفسخ البيع، فثبت: أن المدبر قابل للنقل من ملك إلى ملك.

أجيب: بأن هذا إنما كان في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه.. فحينئذٍ كان البيع مصادفاً للقن بالقضاء لا للمدبر؛ أما ما نحن فيه.. فلم ينفسخ التدبير.

(**والقول في القيمة للغاصب مع يمينه إن لم يبرهن مالكه على الزيادة**) [٥٩٤/ب].. فحينئذٍ يكون القول للمالك؛ لأنه أثبت بالحجة الملزمة.

فَإِن ظَهَرَ وَقِيمَتُهُ أَكثَرُ وَقد ضَمِنَهُ بقولِ الْمَالِكِ، أَو ببرهانِهِ، أَو بِالنُّكُولِ.. فَهُوَ للْغَاصِبِ، وَلَا خِيَارَ للْمَالِكِ.

وإن عجز عن إقامة البينة، وطلب يمين الغاصب، وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب.. لم تقبل بينته، بل يكلف على دعواه؛ لأن بينته تنفي الزيادة، والبينةُ القائمة على النفي لا تُقبل. كذا قالوا.

وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل هذه البينة لإسقاط اليمين؛ كالمودع إذا ادعى رد الوديعة.. فإن القول قوله.

ولو أقام البينة على ذلك.. قبلت لإسقاط اليمين.

وكان أكثر مشايخنا فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة، وهو الصحيح؛ لأن المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة؛ كما إذا وجد القتيل في محلة، فادعى أهل المحلة أنه قتل رجل آخر من محلة أخرى وأقاموا البينة من غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل الآخر بالقتل.. فإن هذه البينة مقبولة من أهل المحلة لإسقاط اليمين ودفع الخصومة عنهم؛ لأنه ليس عليهم إلا اليمين، وبإقامة البينة: أسقطوها.

وأما الغاصب.. فعليه ههنا اليمين والقيمة، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين، فلا يكون في معنى المودع.

(فإن ظهر) العين المغصوب الذي غيبه الغاصب وقد ضمن قيمته، **(وقيمته)** التي ضمنها **(أكثر)** مما ضمنه الغاصب، **(وقد ضمنه)** الغاصب **(بقول المالك أو ببرهانه أو بالنكول)**؛ أي: نكول الغاصب عن اليمين **(.. فهو)**؛ أي: العين المغصوب **(للغاصب، ولا خيار للمالك)**؛ لأن الغاصب من له الملك بسبب اتصل به رضى المالك؛ حيث ادعى هذا المقدار من القيمة، فيكون للغاصب بلا خيار للمالك.

وَإِن ضَمِنَهُ بقولِهِ.. فالمالكُ:

إِن شَاءَ أَمضى الضَّمَانَ.

أَو أَخذَهُ ورَدَّ عِوَضَهُ.

وَلَو بَرهَنَ كُلٌّ مِنَ الْمَالِكِ وَالْغَاصِبِ على الْهَلَاكِ عِنْدَ الآخَرِ.. فَبَيِّنَةُ الْغَاصِبِ أَولى.

خلافاً لأَبي يُوسُفَ.

(وإن ضمنه) الغاصب (بقوله)؛ أي: بقول الغاصب مع يمينه؛ سواء كانت قيمته أكثر مما ضمنه أو مثله أو زائد على ما في «العناية» في ظاهر الرواية (.. فالمالك) مخير:

(إن شاء أمضى الضمان، أو أخذه)؛ أي: العين المغصوب (ورد عوضه)؛ لأنه لا يتم رضاه بهذا المقدار؛ حيث يدعي الزيادة، وأخذُه دون الزيادة: لا يدل على تمام الرضاء؛ لأنه إنما أخذه لضرورة عدم محبته على الزيادة.

(ولو برهن كلٌّ من المالك والغاصب على الهلاك عند الآخر.. فبينة الغاصب أولى) عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف).

قال في «قاضي خان»: رجل غصب دابة فهلكت، فأقام صاحبها البينة أنها هلكت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب بينة أنه ردها وماتت عند صاحبها.. كانت بينة صاحبها أولى، ويقضي على الغاصب بالقيمة.

وكذا لو شهد شهود صاحبها: أن [٥٩٥/أ] الغاصب قتلها، أو كان المغصوب داراً فأقام صاحبها البينة: أن الغاصب هدم الدار، وأقام الغاصب بينة أنه ردها على صاحبها.. كانت بينة صاحبها أولى؛ لأن القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد على المالك، فيجعل كأن الغاصب ردها، ثم قتل الدابة وهدم الدار، فكانت بينة صاحبها أولى؛ لأنها تثبت سبباً حادثاً للضمان.

وَمَن غصبَ عَبداً فَبَاعَهُ فَضَمِنَهُ.. نَفَذَ بَيْعُهُ.

وَإِن أَعْتَقَهُ فَضَمِنَهُ.. لَا ينفذُ عِتقُهُ.

ولو أقام صاحبها البينة: أنها ماتت عند الغاصب، وأقام الغاصب بينة: أنه ردها وماتت عند صاحبها.. قال أبو يوسف: بينة صاحبها أولى؛ لما قلنا.

وقال محمد: يقضى ببينة الغاصب؛ لأنها قامت على الإثبات، وهو إثبات فعل الرد، وليس في بينة صاحبها إثبات فعل على الغاصب، ولا إثبات سبب الضمان بعد الغصب، بخلاف الأول. انتهى.

فظهر منه وجه الطرفين، وأن بينة الغاصب أولى عندهما ليس في جميع الصور كما فهم من كلام المصنف، بل في الصورة الثالثة.

وأما في الصورتين الأوليين: فبينة المالك أولى بالاتفاق.

قال في غصب «التاتارخانية»: إذا ماتت الدابة المغصوبة ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه، فقال الغاصب: رددت الدابة عليك ونفقت عندك، وقال رب الدابة: لا، بل نفقت عندك من ركوبك، ولم يكن لواحد منهما بينة.. فالقول قول رب الدابة؛ كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال.. كان القول قوله.

وإن أقاما جميعاً البينة:

أقام رب الدابة أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب أنه قد ردها عليه، ثم ماتت في يده.. فإن الغاصب يضمن قيمتها.

وما ذكروا: أنه لا ضمان على الغاصب: قول محمد.

أما على قول أبي يوسف.. فهو ضامن. انتهى.

فظهر منه: أن ما ذكره «قاضي خان» في المسألة الأولى: من أنه يقضى على الغاصب بالقيمة: قول أبي يوسف، لكن كون البينة للمالك اتفاقاً: يقتضي أن القول بالضمان على الغاصب اتفاقي أيضاً.

(ومن غصب عبداً فباعه، فضمنه.. نفذ بيعه، وإن أعتقه فضمنه.. لا ينفذ عتقه).

وزوائدُ الْمَغْصُوبِ غيرُ مَضْمُونَةٍ، مَا لـم يَتَعَدَّ فِيهَا، أَو يمْنَعَهَا بِعدَ طلبِ الْمَالِكِ إِيَّاهَا.

سَوَاءٌ كَانَت مُتَّصِلَةً؛ كالحُسنِ وَالسِّمَنِ، أَو مُنْفَصِلَة؛ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ ......

والفرق بينهما: أن ملك الغاصب ناقص؛ لأنه ثبت مستنداً أو ضرورة؛ لاجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد وهو المالك، وكل ما ثبت مستنداً أو ضرورة.. ثابت من وجه دون وجه، ولهذا.. لا يظهر الملك للغاصب في حق الأولاد، ويظهر في حق الأكساب على ما تقدم، وذلك:

لأن الولد أصل من وجه قبل الانفصال [٥٩٥/ب]، وبعده أصل من كل وجه.

والكسب تبع من كل وجه؛ لكونه بدل المنفعة، وهي تبع محض؛ فإذا كان ثابتاً من وجه دون وجه.. كان الملك ناقصاً، والملك الناقص: يكفي لنفوذ البيع دون العتق.

ألا ترى: أن البيع ينفذ من المكاتب - بل من المأذون - دون العتق.

وقيد المسألة بإعتاق الغاصب، ثم تضمينه: احترازاً عن إعتاق المشتري من الغاصب، ثم ضمنه الغاصب، وأجاز المالك البيع.. فإن فيه روايتين:

في رواية: يصح إعتاق المشتري.

وفي رواية: لا يصح.

والأول: أصح على ما في «العناية» و«الزيلعي».

(وزوائد المغصوب غير مضمونة.. ما لم يتعد فيها)؛ أي: الزوائد؛ كإتلاف ثمرة الأشجار التي غصبها بالأكل والبيع؛ فإن الإتلاف تعدٍ.. فيضمن.

(أو يمنعها بعد طلب المالك إياها)؛ لأنها أمانة في يد الغاصب؛ لأنها ليست بمغصوبة، فتكون أمانة، والأمانات لا تضمن إلا بالتعدي أو بالجحود بعد الطلب.

(سواء كانت) الزوائد (متصلة كالحسن والسمن، أو منفصلة كالولد) للجارية (والثمرة) للشجرة المغصوبة والبستان المغصوب.

وقال الشافعي: زوائد المغصوب مضمونة؛ متصلة كانت أو منفصلة لوجهين:

أحدهما: أنها متولدة من عين مضمونة، فتكون مضمونة؛ لما عرف: أن الأوصاف الشرعية تسري من الأصل إلى ما يتولد منه.

ألا ترى: أن ولد أم الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة: يسري إليه حكم أمه؛ حتى يكون حكمه كحكمها، وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم: يسري إليه حكم أمه؛ حتى يضمنه بالإتلاف مثل أمه.

والثاني: أن الغصب عنده: إثبات اليد على ملك الغير بغير رضاه، وقد تحقق ذلك في الزوائد حسب تحققه في الأصل، فكان مضموناً كالأصل.

ولنا: أن الغصب: إثبات اليد المبطلة على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما تقدم، وإثبات اليد على ذلك الوجه لم يتحقق في الزوائد؛ لأنها كانت ثابتة على هذه الزوائد حتى يزيلها الغاصب، فلم يتحقق الغصب فيها.. فلا يضمن إلا بالتعدي أو بالجحود بعد الطلب؛ لأن الجحود حينئذ تعد أيضاً.

فإن قيل: فعلي هذا.. ينبغي أن يضمن ولد الجارية المغصوبة حاملاً؛ لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك؛ فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل، فحبلت في يد الغاصب وولدت: في عدم ضمان الولد على ما روي في «الأسرار».

أجيب [٩٩٦/أ] عنه: بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال، بل يعد عيباً في الأمة.. فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير.

ولو سلم ذلك.. لكنه لا إزالة ثمة ظاهراً؛ إذ الظاهر: عدم المنع عند الطلب، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه بأن أتلفه أو ذبحه أو باعه وسلمه أو أكله فيما أكله.. قلنا بالضمان أيضاً.

وما ذكره: من أن الأم مضمونة البتة والأوصاف الشرعية تسري من الأصل إلى ما يتولد منه كالحرية والرق والملك.. قلنا: ذلك في الأوصاف القارة في الأم

وإِن نقصتِ الجاريةُ بالولادةِ في يدِ الغاصبِ.. ضَمِنَ نقصانَها.

وَيُجْبَرُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ أَو بالغُرَّةِ ....

كالمذكورات، والضمان ليس بصفة قارة في الأم، بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب؛ فإن وصف به المال.. كان مجازاً.

وقياسه على الظبية المخرجة: فاسد؛ لأنه: **إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال..** فهو ظاهر الفساد؛ لأنه لا ضمان فيه عندنا؛ لعدم العلة، وهو المنع.

وإن قاس عليها بعد التمكن منه.. فهو كذلك؛ لأن الضمان فيه اعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع، لا باعتبار أن الأم مضمونة وإن أطلق.

وقيل: بوجوب الضمان في ولد الظبية؛ سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده؛ فهو ضمان جناية إتلاف؛ لأن صيد الحرم كان آمناً في الحرم صيداً، وذلك في بعده عن أيدينا، فالوقوع في أيدينا: تلف؛ لمعنى الصيدية.. فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا، ولهذا: يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية؛ فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم، ثم أرسله فيه، ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم.. وجب جزاء آخر.

ثم اعلم: أن الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب: ليست من نمائه وزوائده، فلا يضمن بالتعدي؛ لأنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافعه غير مضمونة عندنا، فكذا: بدلها، إلا في مال الوقف على ما سيأتي مصرحاً في إجارات «البزازية» و«القنية» وإلى هذا أشار المصنف بقوله: «وزوائد المغصوب».

(**وإن نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب.. ضمن نقصانها**)؛ أي: نقصان الجارية الحاصل بالولادة؛ لأن الجارية بسبب الغصب: دخلت في ضمان بجميع أجزائها، وقد فات جزء من مضمون منها، فيكون مضموناً عليه؛ كما لو فات كلها.

(**ويجبر**) النقصان الحاصل في الجارية (**بقيمة الولد أو بالغرة**)، كذا في «المختار»، والمراد بالغرة: العبد أو الأمة.

إِن وَفَت.

وقال في «المغرب»: غرة المال: خياره؛ كالفرس والإبل والعبد والأمة، ومنها الحديث: «وجعل في الجنين غرة»؛ أي: [٥٩٦/ب] عبداً أو أمة. انتهى.

(إن وفت) القيمة أو الغرة؛ يعني: لو ردت الجارية والولد معاً وقد نقصت قيمة الجارية بالولادة، وفي قيمة الولد وفاء بنقصانها.. ينجبر النقصان بقيمة الولد ولم يضمن الغاصب شيئاً.

وكذا: لم يضمن الغاصب شيئاً لو كان في غرة الولد وفاء بذلك النقصان؛ لأن الغرة كالولد؛ لقيامها مقامه لوجوبها بدلاً عنه.

وإن لم يكن في قيمة الولد أو الغرة وفاء بنقصان الجارية.. تسقط حصة قيمة الولد أو الغرة ويضمن الباقي من النقصان. هذا عندنا.

وقال زفر والشافعي: لا ينجبر النقصان بقيمة الولد أو بالغرة؛ لأن الولد ملكه، فكيف ينجبر ملكه بملكه؟! فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم:

كما لو هلك الولد قبل الرد، أو هلكت الأم بالولادة أو غيره من الأسباب وفي قيمة الولد وفاء.

وكما لو جز صوف شاة غيره، أو قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره، أو خصى عبد غيره فازدادت قيمته بالخصي، أو علمه حرفة فأضناه التعليم وازدادت به قيمته.. فإنه ينجبر: الصوف بالصوف، والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجز.

والخصي والتعليم: بما زاد من القيمة فيه، بل يضمن الجزء الفائت.

ولنا: أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو العلوق عند أبي حنيفة، والولادة عند أبي يوسف ومحمد.

وعند اتحاد السبب.. لا يعدّ النقصان نقصاناً؛ لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان معاً؛ أعني: حدوث مالية الولد، وفوات جزء من مالية الأم.. كانت

إِن وَفَت.

وَلَو زنى بِأمةٍ غَصَبهَا فَردَّهَا حَامِلاً فَولدَتْ فَمَاتَتْ بهَا.. ....

الزيادة خلفاً عن النقصان؛ كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه.. جعل الثمن خلفاً عن مالية المبيع؛ لاتحاد السبب وتأثيره فيهما معاً.

حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته، فقضى القاضي به، ثم رجعا.. لم يضمنا شيئاً؛ لأن الفوات إلى خلفه كلا فوات، فكانوا بشهادتهم أخلفوا قدر ما أتلفوا بها.. فلا يعد ذلك إتلافاً منهم.

ونظيره: ما إذا غصب جارية سمينة، فهزلت ثم سمنت، أو سقطت سنها، ثم نبتت، أو قطع يد المغصوب في يده، وأخذ أرشها وأداه مع العبد إلى مالكه، يحسب عن نقصان القطع.. ولم يعتبر النقصان؛ لكونه إلى خلفه.

وقولهما: «كولد الظبية».

قلنا: لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد، وكذا لا نسلم أن الأم إذا ماتت.. لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء.

وقولهما: «وكما لو هلك [٥٩٧/أ] الولد قبل الرد».

قلنا: إن كلامنا فيما إذا ردت الأم بنقصان الولادة - هل ينجبر النقصان برد الولد؟

وإذا كان الولد هالكاً.. كيف ينجبر النقصان به؟

والخصي لا يعد زيادة في الشرع؛ لأنه غرض بعض الفسقة، فلم يكن له اعتبار في الشرع.

وما وراء ذلك من المسائل.. فليس فيه اتحاد السبب؛ لأن سبب النقصان: القطع والجز، وسبب الزيادة: النمو، وسبب النقصان: التعليم، وسبب الزيادة: الفهم، فلا تتصل بمحل النزاع؛ لأن محل النزاع ما اتحد فيه السبب.

(**ولو زنى بأمة غصبها، فردها حاملاً، فولدت، فماتت بها**)؛ أي: بسبب الولادة

ضَمِنَ قيمتَهَا يَوْمَ عُلُوقِها. بِخِلَافِ الْحُرَّةِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يضمنُ فِي الْأَمَةِ أَيْضاً.

(.. ضمن قيمتها يوم علوقها، بخلاف الحرة).

(وعندهما: لا يضمن في الأمة أيضاً).

قال في «الجامع الصغير»: محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة: في الرجل يغصب الجارية فيزني بها، ثم يردها فتحبل وتموت في نفاسها.. قال: هو ضامن لقيمتها يوم علقت، وليس عليه في الحرة ضمان.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعدما ردها.

وهكذا ذكره في «الهداية» و«الوقاية» أيضاً، وتابعهم المصنف في قول في ردها حاملاً؛ حيث قدم الرد على الحبل؛ لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد.

وقال في «العناية»: وقد وقع في عامة النسخ: بتقديم الحبل على الرد، ففي عامة النسخ: لا بيان للمعنى المذكور هذا.

لهما: أن الرد إلى مالكها قد صح؛ لأنه أوصل الحق إلى المستحق، وصحته توجب البراءة عن الضمان.

فإن قيل: لا نسلم أن الرد صح.. كيف وأنها هلكت بسبب كان عنده لا عند المالك؟

أجيب: بأن الهلاك كان بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة عنده، لا بسبب كان عند الغاصب، والهلاك بسبب كان عند المالك: لا يوجب ضمان القيمة على الغاصب، لكنه يوجب ضمان نقصان الحبل، والكلام في ضمان القيمة.

كما إذا حبلت في يد الغاصب، ثم ردها إلى مالكها، فهلكت في يد المالك.

أو زنت في يد الغاصب فردها، فجلدت، فهلكت منه.. لا يضمن، على ما سيصرح بهما.

وَلَو ردَّهَا محمومةً فَمَاتَتْ.. لَا يضمنُ.

وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل، فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها.. فإنه لا يرجع على البائع بالثمن.

ولأبي حنيفة: أن الرد لم يكن صحيحاً؛ لأن الصحيح منه: ما يكون على الوجه الذي أخذه، ولم يوجد ههنا؛ فإنَّه غصَبَها خالية عن سبب التلف، وردَّها مع سبب التلف، فصار كما إذا جنت في يد الغاصب، فقتلت بها [٥٩٧/ب] في يد المالك أو دفعت بها؛ بأن كانت الجناية خطأ.. فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة. فكذا هذا.

بخلاف الحرة إذا زنى بها رجل مكرهةً، فحبلت وماتت في نفاسها.. لا تضمن؛ لأن الحرة لا تضمن بالغصب.

ولهذا: لو هلكت الحرة عنده.. لا تضمن.

وقولهما: «وكمن اشترى جارية.. إلى آخره».

قلنا: إن الواجب على البائع في فصل الشراء: هو تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد:

إن كان وقت العقد سليماً.. يجب عليه التسليم سليماً.

وإن كان معيباً.. يجب عليه التسليم معيباً.

وقد كان المبيع ههنا معيباً وقت العقد بالحمل، فوجب تسليمه كذلك، وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم الواجب.

وأما في الغصب: فسلامة المغصوب شرط لصحة الرد، فما لم يرد مثل ما أخذ.. فالرد فاسد، فافترقا.

وأما مسألة الحمَّى والزنا فسنبينه في شرح قوله: (ولو ردها)؛ أي: الأمة المغصوبة (محمومة، فماتت) في يد المالك (.. لا يضمن) الغاصب قيمتها؛ لأن سبب موتها ما بها من الحمى والضعف وقت الموت، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب.. فلا يضمن بالشك.

وَكَذَا لَو زَنَت عِنْدَهُ فَرَدَّهَا فجُلِدَت فَمَاتَتْ مِنْهُ.

وَلَا يضمَنُ مَنَافِعَ مَا غصبَهُ؛ سَوَاءٌ سكنَهُ أَو عطَّلَهُ.

(**وكذا**)؛ أي: لا يضمن (**لو زنت**) الأمة المغصوبة (**عنده**)؛ أي: عند الغاصب، (**فردها فجلدت**) عند المالك، (**فماتت منه**)؛ أي: من الجلد؛ لأن الزنى الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم، لا الجارح ولا المتلف، ولمّا جلدت في يد المالك بجلد متلف.. كان غير ما وجب في يد الغاصب، فلا يضمن.

(**ولا يضمن منافع ما غصبه**)، والمراد بالمنافع: هي الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب واستعماله، لا الزوائد المتولدة من المغصوب؛ متصلة أو منفصلة؛ لأن حكم الزوائد قد تقدم بيانه من قبل.

(**سواء سكنه**) أو آجره أو استعمله (**أو عطله**)؛ بأن يترك معطلاً من غير استعمال واستغلال.

وقال الشافعي: إنها مضمونة بأجر المثل؛ سواء سكنه أو عطله.

وقال مالك: سكنها واستعملها.. يلزم أجر المثل، وإن عطلها.. لا يلزم شيء.

واستدل الشافعي: بأن المنافع: أموال متقومة؛ لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي، ويضمن بالعقود كالأعيان؛ صحيحة كانت العقود أو فاسدة، فكذا بالغصوب؛ لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً؛ كما لو رد العقد على الميتة.

ولنا: أن المنافع حصلت على ملك الغاصب؛ لأنها حصلت في تصرفه وكسبه [٥٩٨/أ]، وما حدث في تصرف الرجل وكسبه.. فهو ملكه؛ دفعاً لحاجته؛ فإن الملك لم يثبت للعبد.. إلا دفعاً لحاجته؛ فإذا حصلت في ملكه.. لا يضمن؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه.

ولو سلم حدوثها على ملك المالك.. لكن لا يتحقق غصبها وإتلافها؛ لعدم بقائها؛ إذ الأعراض لا تبقى.

إِلَّا فِي الْوَقْفِ.

وَلَا خمرَ الْمُسلمِ، أَو خنزيرَهُ بِالْإِتْلَافِ.

وَضمنَ الْقيمَةَ فيهمَا لَو كَانَا لذِمّيٍ.

ولو سلم تحقق غصبها وإتلافها.. لكن شرط ضمان العدوان: المماثلة نصاً وإجماعاً، والمنافع تماثل الأعيان؛ لسرعة فنائها وبقاء الأعيان.

(**إلا في الوقف**)، وكذا في مال اليتيم والمعد للاستغلال.. فإنه يلزم أجر المثل في هذه الثلاثة، إلا أن شبهة الملك أو العقد أسقطت الضمان في المعد للاستغلال لا في مال الوقف واليتيم، على ما في إجارات «البزازية».

قال في «العمادية» نقلاً عن ظهير الدين: الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة: بالضمان؛ كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف: بالضمان.

ثم قال في «فوائد» صاحب «المحيط»: اشترى داراً وسكنها، ثم ظهر لها وقف أو كانت للصغير.. يجب عليه أجر المثل؛ صيانة لمال الوقف والصغير.

(**ولا**) يضمن أيضاً (**خمر المسلم أو خنزيره بالإتلاف**)؛ سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً.. فإنه لا ضمان عليهما بالإجماع، على ما في «العناية»؛ لعدم تقومهما في حق المسلم، والضمان: في المتقوم.

(**وضمن القيمة فيهما**)؛ أي: في الخمر أو الخنزير (**لو كانا لذمي**)؛ لأنهما مال في حقه، فيضمنه المتلف؛ سواء كان مسلماً أو ذمياً.

وقال الشافعي: لا ضمان على المتلف أيضاً؛ لأنه سقط تقومهما في حق المسلم، فكذا في حق الذمي؛ لأنهم أتباع لنا في الأحكام؛ قال ﷺ: «إذا قبلوا عقد الذمة.. فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم»؛ فإذا سقط تقومهما.. لا يجب بإتلافهما مال متقوم، وهو ما يضمن به.

ولنا: أن التقوم باق في حقهم؛ إذ الخمر لهم كالخل لنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا؛ فإذا وجد التقوم.. فيكون متلفاً لمال متقوم مملوك.. فيضمنه المتلف.

وَإِن أَتلفَ ذمِّيٌّ خمرَ ذمِّيٍ.. ضَمِنَ مثلَهَا.

وَلَا ضَمَانَ بِإِتْلَافِ الْميتَةِ وَلَو لذِمِّيّ.

وَلَا بِإِتْلَافِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عمداً وَلَو لِمَن يبيحُهُ.

وَإِن غصبَ خمرَ مُسلمٍ فخلَّلها بِمَا لَا قيمَةَ لَهُ.. أَخذَهَا الْمَالِكُ بِلَا شَيْءٍ.

إلا أن متلف الخمر:

لو كان مسلماً.. يضمن قيمته لا مثله وإن كان مثلياً؛ لأن المسلم ممنوع عن تملكه وتمليكه.

ولو كان ذمياً.. يضمن مثله، وإليه أشار بقوله: (**وإن أتلف ذمي خمر ذمي.. ضمن مثلها**)؛ لأنها من المثليات، والذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتمليكه، فيضمن مثلها.

بخلاف المسلم؛ فإنه ممنوع عن تملكه وتمليكه، فيضمن قيمته.

(**ولا ضمان بإتلاف الميتة ولو**) وصلية (**لذمي**).

وكذا لا ضمان بإتلاف الدم؛ لأن أحداً من أهل الأديان [٥٩٨/ب] لا يدين تمولهما.

(**ولا بإتلاف متروك التسمية عمداً ولو**) وصلية (**لمن يبيحه**) من المسلمين؛ لأن ولاية المحاجة والسيف ثابتة، فيكون ميتة في حقهم.

فعلم منه: حكم متروك التسمية عمداً لمن يبيحه بطريق الأولى.

(**وإن غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له**) بأن نقلها من الشمس إلى الظل، أو من الظل إلى الشمس، كذا في «الزيلعي».

(.. **أخذها**)؛ أي: الخل (**المالك بلا شيء**)؛ لأن التخليل تطهير لها؛ بمنزلة غسل الثوب النجس، فيبقى على ملك المالك؛ لأن المالية لم تثبت بفعله، ولم يتصل له مال متقوم من الغاصب.

فَلَو أتلفَهَا الْغَاصِبُ.. ضمنَهَا.

لَا لَو تَلفَتْ.

وَإِن خلَّل بِإِلقاءِ ملحٍ.. ملكَهَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا: يَأْخُذُهَا الْمَالِكُ إِن شَاءَ، وَيردُّ قدرَ وزنِ الْمِلحِ مِنَ الْخلِّ.

فَلَو أتلفَهَا الْغَاصِبُ.. لَا يَضمنُ.

خلافاً لَهما.

(**فلو أتلفها**)؛ أي: الخل (**الغاصب.. ضمنها**)؛ لأنه أتلف مال الغير (**لا لو تلفت**)؛ لعدم التعدي منه.

(**وإن خلل**) خمر المسلم (**بإلقاء ملح.. ملكها**) الغاصب، (**ولا شيء عليه**)؛ أي: على الغاصب؛ لأن الخمر لم يكن متقوماً والملح متقوم، وقد استهلكه بالخلط بالمتقوم، فيرجح جانب الغاصب، فيكون له بغير شيء هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يأخذها**)؛ أي: الخل (**المالك إن شاء، ويرد قدر وزن الملح من الخل**).

قال في «الزيلعي»: كأنهما اعتبرا الملح مائعاً؛ لأنه يذوب، فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان فيه عندهما.

ولو أراد المالك أن لا يأخذ الخل، بل يتركه عليه ويضمنه.. ففيه اختلاف المشايخ:

قيل: ليس له ذلك بالاتفاق.

وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك، وسيأتي بيانه في دفع الجلد بما له قيمة.

(**فلو أتلفها الغاصب.. لا يضمن**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: إنه يضمن، وسيأتي وجه الطرفين في دفع الجلد بما له قيمة.

وَإِن خلَّلها بِإلقاءِ خلٍّ.. ملكَهَا وَلَا شَيْءَ للْمَالِكِ عِنْدَ الإِمَامِ.
وَكَذَا: عِنْدَ محمَّدٍ إن تخلَّلَتْ مِن ساعتِها.
وإِلّا.. فالخلُّ بَينهمَا على قدرِ ملكِهِمَا.

(**وإن خللها بإلقاء خل.. ملكها**) الغاصب، (**ولا شيء للمالك عند الإمام**)؛ سواء صارت خلاً من ساعتها أو بمرور الزمان عليها؛ لأن الخلط استهلاك عنده، واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان، ولأنه لما ملكها بالخلط.. لا يضمن؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه.

(**وكذا**)؛ أي: هو للغاصب، ولا شيء للمالك (**عند محمد إن تخللت من ساعتها**)؛ لأنه استهلكه وملكه وهو غير متقوم، وإنما التقوم بعد كونه ملكاً له، فلا ضمان عليه.

(**وإلا**)؛ أي: وإن تخللت بعد زمان (.. **فالخل بينهما على قدر ملكهما**)؛ أي: كيلاً، على ما في «الهداية» و«الزيلعي»؛ لأنه لم يستلهك الخمر، فيصير في التقدير: كأنه خلط بالخل، والخلط ليس باستهلاك عند محمد وإن كان مائعاً؛ لأن الجنس لا يهلك بجنسه، هكذا ذكره في «الزيلعي».

ثم قال: وقيل: ظاهر الجواب في هذه المسألة: أنه يقسم بينهما على قدر حقهما؛ سواء صارت خلاً من ساعتها أو بعد حين.

أما عندهما: فلا يشكل [٥٩٩/أ]؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

وكذلك عند أبي حنيفة؛ لأن الخلط إنما يوجب زوال الملك إذا كان يوجب الضمان، وههنا قد تعذر وجوب الضمان؛ لأن خمر المسلم لا يضمن بالإتلاف، فصار كما إذا اختلط بنفسه من غير صنعه. كذا في «الزيلعي».

وفي «الهداية»: وبعض المشايخ قال: إن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء؛ أي: سواء صار خلاً بإلقاء الملح أو بإلقاء الخل، وسواء تخللت من ساعتها أو بعد زمان.

وَإِن غصبَ جلدَ ميتَةٍ فدبغَهُ بِمَا لَا قيمَةَ لَهُ.. أَخذَهُ الْمَالِكُ بِلَا شَيْءٍ.

فَلَو أتْلفَهُ الْغَاصِبُ.. ضمِنَ قِيمَتَهُ مدبوغاً.

وَقيل: طَاهِراً غيرَ مدبوغٍ.

وَإِن دبغَهُ بِمَا لَهُ قيمَةٌ.. يأَخذُهُ الْمالكُ وَيردُّ مَا زَادَ الدَّبغُ؛ بِأَن يُقَوَّمَ مدبوغاً وذكياً غيرَ مدبوغٍ.

وَيُردُّ فضلُ مَا بَينَهمَا. وللغاصبِ أَن يحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ.

(**وإن غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له**) كالتراب والشمس (.. **أخذه المالك بلا شيء**)؛ لأنه بمنزلة غسل الثوب على ما ذكرناه في مسألة الخمر.

(**فلو أتلفه الغاصب.. ضمن قيمته مدبوغاً، وقيل**): قيمته (**طاهراً غير مدبوغ**)؛ لأن وصف الدباغة: هو الذي حصله.. فلا يضمنه.

ووجه القول الأول: أن صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير متقومة منفردةً عن الجلد؛ فإذا أصاب الجلد مضموناً عليه بالإتلاف.. فكذا ما يتبعه من الصفة يكون مضموناً عليه تبعاً للأصل.

(**وإن دبغه بما له قيمة**) كالقرظ والعفص ونحو ذلك (.. **يأخذه**)؛ أي: الجلد (**المالك ويرد ما زاد الدبغ**)؛ أي: على الغاصب.

بخلاف ما إذا خلل خمر مسلم بما لا قيمة له.. حيث أخذها المالك بلا شيء على ما تقدم.

والفرق بينهما: أن التخليل نظير لها بمنزلة غسل الثوب النجس، فلا يتصل به مال متقوم على ما تقدم.

بخلاف دباغة الجلد بما له قيمة؛ فإنه اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب؛ كالصبغ في الثوب.. فيلزم رد ما زاد الدبغ.

ثم أشار إلى طريق معرفة ما زاد الدبغ بقوله: (**بأن يقوم**) الجلد (**مدبوغاً، وذكياً غير مدبوغ، ويرد فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه**)؛ لحق

وَإِن أَتْلَفَهُ.. لَا يضمنُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَضمَنُهُ مدبوغاً إِلَّا قدرَ مَا زَادَ الدَّبغُ.

حبس المبيع للبائع للثمن، والرهن للمرتهن للدين.

هذا كله فيما إذا كان الجلد باقياً في يد الغاصب بعد الدبغ.

وأما إذا لم يكن باقياً.. فأشار إلى بيان حكمه بقوله: (**وإن أتلفه**)؛ أي: أتلف الجلد الغاصب (.. **لا يضمن**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يضمنه مدبوغاً إلا قدر ما زاد الدبغ**).

لهما: أن الجلد باق على ملك المالك، حتى كان له أن يأخذه؛ فإذا كان باقياً على ملكه وهو مال متقوم، وقد استهلكه.. يضمنه مدبوغاً بالاستهلاك؛ كما إذا خلل خمر مسلم بما له قيمة، ثم أتلفه على ما تقدم؛ فإذا ضمنه مدبوغاً.. يرده المالك ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه مال الغاصب؛ كما [٥٩٩/ب] إذا غصب ثوباً فصبغه، ثم استهلكه.. يضمنه ويرد المالك ما زاد الصبغ فيه.

قال في «الزيلعي» و«العناية»: قولهما: «ويرده المالك ما زاد الدبغ فيه»: محمول على اختلاف الجنس؛ يعني: أن القاضي يقوم الجلد بالدراهم، والدباغ بالدنانير، فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الصبغ.

أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير.. فيطرح عنه ذلك القدر.. ويأخذ منه الباقي؛ لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه.

ولأبي حنيفة: إنا لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه، وإنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب، وصنعته تقوم لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولهذا.. كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ، فكان التقوم حقاً للغاصب، وكان الجلد تابعاً لصنعة الغاصب في حق المتقوم.

ثم الأصل وهو الصنعة.. غير مضمونة عليه بالإتلاف، فكذا: التابع؛ لئلا يلزم مخالفة الفرع الأصل؛ كما إذا هلك من غير صنعة؛ فإن عدم الضمان هناك: باعتبار

وَلَو تلفَ.. لَا يَضمَنُ اتِّفَاقاً.

وَمَن كسرَ لمُسلمٍ بُربُطاً، أَو طبلاً، أَو مِزْمَاراً، أَو دُفّاً، أَو أراقَ لَهُ سَكَراً، أَو منصِّفاً.. ضَمِنَ قِيمَتَهُ لغيرِ لَهوٍ.

وَيصِحُّ بيعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

أن الأصل - وهو الصنعة - غير مضمونة.. فكذلك الجلد.

وإلا.. فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك.

بخلاف الثوب المصبوغ؛ لأن التقوم فيه كان ثابتاً قبل الصبغ، فلم يكن الثوب تابعاً للصنعة؛ كما في الجلد المدبوغ بما له قيمة، والتقوم: يوجب الضمان بالإتلاف.

هذا، ولو كان الجلد المدبوغ بما له قيمة قائماً في يد الغاصب، فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته.. فهل له ذلك؟

قيل: ليس له ذلك بلا خلاف؛ لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف الثوب؛ لأن له قيمة قبل الصبغ.. فلمالكه أن يرده على الغاصب ويضمنه قيمته.

وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك.

(**ولو تلف**) الجلد المدبوغ بما له قيمة (**.. لا يضمن اتفاقاً**)؛ لما ذكرناه، من أن الأصل فيه: غير مضمونة.. فكذلك التبع، وهو الجلد.

(**ومن كسر لمسلم بربطاً**) هو آلة من آلات الطرب، (**أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً أو أراق له سَكَراً**)، هو: اسم للنيّء من ماء الرطب إذا اشتد.

(**أو منصَّفاً**)؛ أي: ما يذهب نصفه بالطبخ.

(**.. ضمن قيمته لغير لهو**).

ففي الطنبور: يضمن قيمة الخشب المنحوت، وكذا الحال في الطبل والدف.

وإنما لم يضمن المثل في السَّكَر والمنصف، مع أنهما من المثليات؛ لأن المسلم ممنوع من تملك عينه وتمليكه، وإن كان لو فعل.. جاز، ولذا: جاز بيعه عند أبي حنيفة، على ما دل عليه قوله: (**ويصح بيع هذه الأشياء**) عند أبي حنيفة.

وَقَالا: لَا يَضمنُ، وَلَا يجوزُ بيعُهَا، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

وَمَن غصبَ مُدبَّرَةً فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ.. ضَمِنَ قيمتَهَا.

(**وقالا: لا يضمن**) هذه الأشياء بالإتلاف، (**ولا يجوز بيعها. وعليه الفتوى**) [٦٠٠/أ]؛ لأنها معدة للمعصية، فيسقط تقومهما؛ كالخمر، ولأنه فعله بإذن الشرع؛ لقوله ﷺ: «بعثت بتكسير المزامير وقتل الخنازير».

ولأبي حنيفة: أنه أتلف ما لا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو.. فلا تبطل قيمته لأجل اللهو؛ كاستهلاك الأمة المغنية؛ لأن الفساد مضاف إلى فعل فاعل مختار، وجواز البيع ووجوب الثمن مبنيان على المالية، وقد وجد ذلك.

بخلاف الصليب؛ حيث يضمن قيمته صليباً؛ لأنه مال متقوم عندهم، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون.

قيل: الخلاف المذكور: في الطبل والدف الذي يضرب للهو، وأما الدف والطبل الذي يباح ضربهما في العرس والغزو.. فيضمن بالاتفاق.

وفي «الاختيار»: لو أحرق باباً منحوتاً عليه نقوش.. ضمن غير منقوش؛ لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم، وإن كان مقطوع الرأس.. يضمن قيمته منقوشاً.

(**ومن غصب مدبرة، فماتت في يده.. ضمن قيمتها**) مدبرة بالاتفاق؛ لأنه أتلف مالاً متقوماً.. فهل يملكها بالضمان؟

قالوا: لا يملكها؛ لأنها لا تقبل النقل من ملك إلى ملك، وقد تقدم في كتاب العتاق.

وكذا الحال في المدبر.

ولو غصب المكاتب وهلك.. يضمن على ما ذكره «قاضي خان» في باب البيع الباطل.

لكن ذكر في جناية «مبسوط السرخسي»: أن المكاتب لا يضمن بالغصب والبيع الفاسد.

وَلَو أُمَّ ولدٍ.. فَلَا ضَمَانَ.

خلافاً لَهما.

وَلَو شقَّ الزِّقَّ لِإراقةِ الْخَمرِ.. لَا يضمَنُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ.

(ولو) غصب (أم ولد.. فلا ضمان) عند أبي حنيفة، (خلافاً لهما)؛ لأنها متقومة عندهما، غير متقومة عنده، وقد تقدم وجههما في العتاق.

(ولو شق الزق)؛ أي: زق الخمر (لإراقة الخمر.. لا يضمنه عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد)، وأبو حنيفة مع محمد على ما دل عليه كلام «الزيلعي»؛ حيث قال: ولو كسر زقا فيه خمر.. يضمن عندهما؛ لإمكان الإراقة بدون كسر الزق.

وعند أبي يوسف: لا يضمن؛ لأنه قد لا تتيسر الإراقة بدونه.

وذكر في «النهاية»: أن الزقاق لا تضمن بالكسر إن كان بإذن الإمام.

والفتوى في زماننا: على قولهما؛ لكثرة الفساد فيما بين الناس.

وفيها أيضاً: ذكر الصدر الشهيد رواية عن أصحابنا: أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد؛ حتى قالوا أيضاً: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين.

وقيل: يراق العصير أيضاً قبل أن يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق.

فسرنا الزق: بزق الخمر؛ لأن الاختلاف المذكور: فيه، لا في زق ما يحل أكله وشربه؛ لأنه ذكر في «العمادية» نقلاً عن «العمدة»: لو شق زق دهن سائل حتى سال.. ضمن [٦٠٠/ب] بالاتفاق، وكذا في قطع حبل القنديل.

ثم قال فيها: لو فتح الزق والسمن جامد، فذاب وخرج بالذوب.. لا يضمن.

وعند محمد: يضمن.

وفي «مبسوط أبي شجاع»: إذا شق الرجل راوية إنسان.. فإنه يضمن لما شق منها وما سال؛ لأنه أفسد عليه ملكه.

وَلَا ضَمَانَ على مَن حلَّ قيدَ عبدِ غَيرِهِ، أَو رِبَاطَ دَابَّتِهِ، أَو فتحَ إصطبلَها، أَو قفصَ طيرٍ فَذهبَ.

خلافاً لمُحَمَّدٍ فِي الدَّابَّةِ وَالطَّيرِ.

وفي «فتاوى سمرقند»: إذا شق راوية رجل، فسال ما فيها حتى مال إلى الجانب الآخر، فوقعت وتخرقت وسال ما في الزق الآخر.. ضمن الشاق، إلا أنه إذا ساقها رب الدابة مع علمه بالشق.. لا ضمان على الشاق على كل حال.

وفي «الإيضاح»: لو حل رباط الزيت؛ فإن كان ذائباً.. ضمن، وإن كان جامداً فذاب السمن وسال.. لا يضمن.

وفي «المختلفات القديمة»: لو فتح زق سمن أو دبس فخرج منه.. فإنه يضمن، ولو وقف ساعة ثم سال.. لا يضمن.

قال بعض المشايخ: يضمن على كل حال، والصحيح: هو الأول.

(**ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره، أو رباط دابته، أو فتح إصطبلها، أو قفص طير فذهب**) العبد أو الدابة أو الطير.

(**خلافاً لمحمد في الدابة والطير**)، قال: يضمن الدابة والطير؛ لأنه أتلف مال الغير.

بخلاف العبد؛ فإن له اختياراً صحيحاً، فيضاف قراره إلى اختياره؛ لأنه مباشر، ومُطلِق القيد مسبِّب، والأصل في الإضافة: هو المباشر.

بخلاف الدابة والطير؛ إذ ليس لهما اختيار صحيح.

وقالا: لا نسلم أنه ليس لهما اختيار، بل نرى عياناً: أنهما يخرجان اختياراً أو يذهبان اختياراً كالعبد.. فلا ضمان في الكل؛ كما هو رواية أخرى عن محمد.

قال في بعض أصول الفقه:

كل ما كان الغالب فيه أن يلبث.. فإنه لا يضمن؛ كفتح باب القفص والإصطبل وحل قيد العبد.

وَلَا على مَن سَعَى إِلَى سُلْطَانٍ بِمَن يُؤْذِيهِ وَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بالسَّعي، أَو بِمَن يفسُقُ وَلَا يمْتَنِعُ بنَهْيِهِ.

وَلَا على مَن قَالَ لسلطانٍ - قَد يُغَرِّمُ وَقد لَا يُغَرِّمُ -: إنّ فلَاناً وَجَدَ مَالاً، فغرَّمَهُ شَيْئاً.

وَإِن كَانَ عَادَتُهُ أَن يُغَرِّمَ الْبَتَّةَ.. ضَمِنَ.

وما كان الغالب فيه أن لا يلبث.. فإنه يضمن؛ كشق الزق وحل حبل القنديل.

وعن أبي القاسم الصفار: أنه يضمن في الكل.

والمودع: إذا فتح باب القفص أو الإصطبل أو حلّ قيد العبد حتى ذهب.. فإنه يضمن؛ سواء وقف ثم ذهب، أو لم يقف بالاتفاق؛ لأنه التزم الحفظ.

ولهذا إذا دل الغاصب أو السارق على الوديعة.. ضمن، وغيره لا يضمن.

ولو نفر طير إنسان من رجل.. لا يضمن، ولو قصد تنفيره.. يضمن.

(**ولا على من سعى إلى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع**) ذلك المؤذي عن الإيذاء (**إلا بالسعي**) إلى السلطان؛ لأنه ليس باختياريّ في سعيه إليه، فيعذر.

(**أو**) يسعى (**بمن يفسق ولا يمتنع**) عن فسقه (**بنهيه**)؛ لأنه نهي عن المنكر، وهو مأمور به شرعاً.. فلا يضمن ما أخذه السلطان من ماله بسعيه.

(**ولا على من** [٦٠١/أ] **قال لسلطان - قد يغرم وقد لا يغرم -: إن فلاناً وجد مالاً**)، أو له مال كثير، أو أصاب ميراثاً كثيراً، أو عنده مال لفلان الغائب، (**فغرمه**) السلطان (**شيئاً**)؛ أي: أخذ منه شيئاً غرامة.

(**وإن كانت عادته**)؛ أي: عادة السلطان (**أن يغرم البتة.. ضمن**) الساعي.

قال في «العمادية» نقلاً عن صدر الإسلام البزدوي: إذا سعى إنسان إلى سلطان في حق آخر غرمه السلطان مالاً.. روى بعض علمائنا: أنهم كانوا يفتون أن الساعي يضمن.

وَكَذَا: لَو سعى بِغَيْرِ حقٍّ عِنْدَ محمَّدٍ؛ زجراً لَهُ، وَبِه يُفْتى.

وَلَو أَطْعمَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ مَالِكَهُ.. بريءَ وَإِن لم يُعْلِمْهُ.

وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان، فقالوا: إن كان السلطان معروفاً بالوعادة وتغريم من سعى إليه.. يضمن، وإن لم يكن معروفاً بذلك.. لا يضمن.

قال: ونحن لا نفتي به؛ فإن هذا خلاف أصول أصحابنا؛ فإن السعي سبب محض لإهلاك مال صاحب المال؛ فإن السلطان يغرمه اختياراً لا طبعاً.

ولكن لو رأى القاضي تضمين الساعي.. له ذلك؛ لأن الموضع موضع الاجتهاد، فنحن نكل الرأي إلى القاضي. انتهى.

يعني: لا ضمان على الساعي مطلقاً عند صدر الإسلام؛ لأنه مسبب لا مباشر، لكن للقاضي رأي في ذلك.

(**وكذا لو سعى**) إلى السلطان (**بغير حق عند محمد؛ زجراً له، وبه يفتي**).

قال في «العمادية» نقلاً عن «العمدة»: ولو قال: إن فلاناً وجد مالاً كثيراً أو لقطة، وقد ظهر أنه كان كاذباً.. ضمن إذا كان السلطان لا يغرم بمثل هذه السفاهات، أو قد يغرم وقد لا يغرم.. فلا يضمن الساعي.

ولو وقع في قلبه أن فلاناً يجيء إلى امرأة أو جارية، فرفع إلى السلطان ، ثم ظهر كذبه.. عندهما: لا يضمن الساعي، وعند محمد: يضمن.

والفتوى: على قول محمد؛ لغلبة السعاة في زماننا.

ثم ذكر نقلاً عن «فتاوى قاضي ظهير»: الساعي إذا سعى بغير ذنب أصلاً.. يضمن، كذا اختاره المتأخرون.

(**ولو أطعم الغاصب المغصوب مالكه.. برئ**) الغاصب عن الضمان (**وإن**) وصلية (**لم يعلمه**)؛ أي: مالكه.

خلافاً للشافعي، قال: لا يبرأ به. كذا في «العمادية».

وكذا لو كان المغصوب ثوباً، ثم إن الغاصب كساه رب الثوب.. برئ عن الضمان؛ علم أو لم يعلم، خلافاً للشافعي.

وأجمعوا: أنه لو وهب منه وسلمه إليه، أو باعه منه وهو لا يعلم به.. برئ عن الضمان.

وأجمعوا أيضاً: أنه لو كان المغصوب حنطة فطحنها أو خبزها وأطعم المغصوب منه، أو كان المغصوب تمراً فنبذه وسقاه إياه.. لا يبرأ به عن الضمان.

وكذلك لو كان كرباساً فقطعه وخاطه، ثم كساه.. لا يبرأ؛ لأنه كان ملكه بهذه [٦٠١/ب] الأفاعيل، هكذا ذكره عن شيخ الإسلام.

وذكر قبل هذا أيضاً: غاصب الدابة إذا جاء بها إلى صاحبها، فلم يقبضها منه صاحبها، بل تركها حتى ضاعت.. فلا ضمان على الغاصب؛ كما لو أخذ منديل إنسان، ثم رمى بالمنديل إلى صاحبه، فلم يأخذه، بل تركه حتى ضاع.. لا يضمِّن الآخذُ الراميَ؛ لأنه برئ بالرمي عليه.

ولو باع الغاصب المغصوب بأمر القاضي.. يبرأ عن الضمان؛ كما لو باعه بأمر مالكه.

أخذ ثوب إنسان من بيته بغير أمره، ثم ردّه إلى بيته فوضعه فيه، فهلك.. برئ من الضمان استحساناً.

وكذلك لو أخذ دابة غيره من آريّها بدون الإذن، ثم ردّها إلى موضعها، فذهبت.. برئ عن الضمان استحساناً.

هذا كله فيما يبرأ الغاصب بفعله.. وهل يبرأ بفعل المالك؟

فقال في «العمادية»: والمالك إذا جر المغصوب من الغاصب.. يبرأ عن الضمان بنفس العقد؛ كما لو باعه منه.

ولو أعاره منه.. لا يبرأ، حتى لو هلك قبل الاستعمال.. يكون مضموناً على الغاصب.

إذا قال المالك للغاصب: أودعتك المغصوب، ثم هلك في يده.. يضمن؛ لأنه لم يوجد الإبراء عن الضمان نصاً، والأمر بالحفظ وعقد الوديعة: لا ينافيان ضمان الغصب.

ولو أمر المالكُ الغاصبَ أن يضحي بالشاة المغصوبة؛ فقبل التضحية.. لا يخرج عن ضمان الغصب، وبعدها.. يخرج.

وتوكيل المالك الغاصب ببيع المغصوب.. لا يبرأ به عن ضمانه وإن باعه، ما لم يسلّمه.

وكذا لو باع المالك المغصوب.. لا يخرج عن ضمان الغاصب ما لم يسلمه إلى المشتري.

* * *

(كتاب الشفعة)

(كتابُ الشُّفْعَةِ)

هِيَ: تملُّكُ الْعَقارِ على مُشْتَرِيهِ بِمَا قَامَ عَلَيْهِ جبراً.

(كِتَابُ الشُّفْعَة)

هي في اللغة: مشتقة من الشفع وهو الضم؛ سميت بها، لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع.

وسببها: إيصال ملك الشفيع بملك المشتري؛ مجاورة أو خليطاً.

وشرطها: كون المبيع عقاراً..

وفي اصطلاح الشرع: (هي تملك) الشفيع (العقار)، احترز به عن المنقول من الشجر والبناء؛ فإنهما من المنقولات، ولا شفعة فيهما إلا بتبعيّة العقار؛ كالدار والكرم والرحى والبئر. كذا في «شرح النقاية».

وسيأتي في الباب الآتي من الكتاب أيضاً.

والمراد بالتملك: ما يكون ملكاً طيباً كما هو المتبادر، فلا شفعة فيما يملكه بالبيع الفاسد وإن اتصل به القبض ما لم يبطل حق البائع في الاسترداد كما سيأتي.

(على مشتريه) الجارّ متعلّق بالتملك، وكذا في قوله: (بما قام عليه)؛ أي: على المشتري؛ أي: الثمن.

احترز به عمّا ملكه:

بلا عوض؛ كما بالهبة والإرث والصدقة.

أو بعوض غير عين؛ كالمهر [٦٠٢/أ] والإجارة والخلع والصلح عن دم عمد.. فإنه لا شفعة في شيء منها على ما سيأتي.

(جبراً)؛ أي: بغير رضى المشتري؛ فإنَّ المشتري لا يرضى به غالباً.

وَتجبُ بعدَ البيعِ.

وتستقرُّ بِالْإِشْهَادِ.

وتُملكُ بِالْأَخْذِ بِقَضَاءٍ، أَو رضاءٍ.

وَإِنَّمَا تجِبُ:

١- للخليطِ فِي نفسِ الْمَبِيعِ.

فَإِن لَم يكُنْ

(**وتجب**)؛ أي: تثبت (**بعد البيع**)، وعبارة «قاضي خان» هكذا: «وتثبت بالبيع»، وإنما عدل عنه المصنف؛ لأنه يشعر أن سبب الشفعة البيع، وليس كذلك، بل هو اتصال الملك.

(**وتستقر بالإشهاد**)؛ أي: تتأكد به.

قال في «قاضي خان»: وتتأكد بالطلب ومالهما متقاربان؛ لأن الإشهاد يستلزم الطلب.

وإنما يتأكد قبل الإشهاد والطلب؛ لأن حق الشفعة ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الطلب، وبالإشهاد عليه: يعلم طلبه، فلا بد منه لإثبات طلبه عند القاضي.

(**ويملك**)؛ أي: الشفيع المبيع (**بالأخذ**)؛ أي: من يد المشتري (**بقضاء أو رضاء**).

ولو قال: «ويملك بقضاء أو بالأخذ برضاء».. لكان أولى؛ لأنه بعد القضاء يملكه؛ سواء أخذه أو لا.

ولذا قال في «قاضي خان»: ويملك بالقضاء أو بالتسليم.

(**وإنما تجب**) الشفعة (**للخليط**)؛ أي: الشريك (**في نفس المبيع**)؛ بأن يكون المبيع مشتركاً بين رجلين، فباع أحدهما نصيبه.

(**فإن لم يكن**) خليطاً في نفس المبيع.. صح.

أَو سلَّم.. فللخليطِ فِي حقِّ الْمَبِيعِ؛ كالشربِ وَالطَّرِيقِ الخاصَّين؛ كنهرٍ لَا تجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَطَرِيقٍ لَا ينفذُ.

٢- ثمَّ للْجَارِ المُلاصِقِ ....

(أو) كان خليطاً فيه، لكنه (سلم) الشفعة إلى المشتري (.. **فللخليط في حق المبيع كالشرب والطريق الخاصين**)، ولو كانا عامين.. فللجار.

(**كنهر لا تجري فيه السفن**) مثال للشرب الخاص؛ أي: أصغر السفن.

فالنهر العام عند أبي حنيفة: ما تجري فيه السفن كدجلة وفرات وجيجون ونيل.

وذكر شيخ الإسلام: أن المشايخ اختلفوا فيه؛ فقيل:

الخاص: ما يتفرق ماؤه بين الشركاء، ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، ولا يكون له منفذ إلى المفاوز التي لجماعة المسلمين.

والعام: ما يتفرق ويبقى وله منفذ.

وعامة المشايخ: على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون.

واختلفوا فيما لا يحصى من خمسمائة أو مائة أو أربعين أو عشرة:

والأصح: أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه؛ فلو باع حصته بشربها.. فالشفعة للخليط.

ثم لأهل الجدول، ثم لأهل الساقية، ثم لأهل النهر العظيم. كذا في «شرح النقاية» نقلاً عن «النتف».

ومثال الطريق الخاص هذا ما ذكره بقوله: (**وطريق لا ينفذ**)؛ أي: السكة الغير النافذة.

(**ثم للجار الملاصق**) ولو كان ذمياً أو عبداً مأذوناً أو مكاتباً، وإنما شرع لدفع ضرر الجار السوء.

وَلَو بَابُهُ فِي سكَّةٍ أُخْرَى.

وَمَن لَهُ جُذُوعٌ عَلَى حائِطِها أَو شركَةٌ فِي خَشَبَةٍ عَلَيْهِ: جَارٌ.

(ولو) وصلية (بابه)؛ أي: باب عقار الجار، ويجوز إرجاعه [٦٠٢/ب] إلى المبيع أيضاً (في سكة أخرى) نافذة أو غير نافذة.

قال في «قاضي خان»: الخليط - أي الشريك -: في حقوق الدار أحق من الجار، والجار أحق من غيره.

وصورة هذا الترتيب: منزل بين رجلين في دار مشتركة بين أحد هذين الرجلين وبين رجل آخر سواهما، وهذه الدار في سكة غير نافذة، على ظهر هذا المنزل: دار لرجل آخر، باب تلك الدار في سكة أخرى، فباع أحد شريكي المنزل في الدار نصيبه من المنزل.. كان الشريك في المنزل أولى بالشفعة من غيره؛ لأنه شريك في نفس البقعة المبيعة؛ فإن سلم هو الشفعة.. كان الشريك في الدار أولى بالشفعة من الشركاء في السكة؛ لأنه شريك في الطريق الخاص وهو الطريق في الدار؛ فإن سلّم هو.. فأهل السكة أحق بالشفعة؛ لأنهم شركاء في الطريق الخاص؛ فإن سلّم أهل السكة.. كانت الشفعة للجار الملازق، وهو الذي على ظهر المنزل. انتهى.

واعلم: أن طلب الشفعة واجب على كل من الشفعاء، وإن لم يتمكن كلهم من الأخذ.

وفائدة الطلب: تظهر فيما إذا كان الجار يطلب الشفعة لمكان الشريك قبله، ثم سلم الشريك الشفعة.. لم يكن للجار شفعة؛ لعدم طلبه أولاً. كذا في «شرح النقاية».

(ومن له جذوع على حائطها)؛ أي: حائط البقعة المبيعة (أو شركة)؛ أي: للبائع (في خشبة) موضوعة (عليه)؛ أي: على حائط المبيع: (جار)؛ أي: لا خليط وشريك؛ فإذا كان هو جاراً.. لا يقدم على سائر الجيران في الشفعة.

بيانه: أن الشركة المعتبرة في الشفعة: هي الشركة في العقار لا في المنقول، والخشبة من المنقولات، وبالشركة فيها لا يكون شريكاً في الدار نفسها.. فلا يستحق

وَإِن فِي نفسِ الْجِدَارِ.. فشريكٌ.

الشفعة بحق الشركة، ولكنه يكون جار ملاصقاً؛ لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر، فيستحق الشفعة بحق الجار الملاصق.. فلا يقدم بذلك على سائر الجيران.

وكذا لا يكون شريكاً به في الدار المبيعة بوضع الجذوع على حائط المبيع، ولكنه يكون جاراً ملاصقاً لما ذكرناه، فلا يقدم به على سائر الجيران.

(**وإن في نفس الجدار.. فشريك**)؛ أي: إن كان له شركة في نفس الجدار.. فشريك لا جار، فيقدم في الشفعة على الجيران.

لكن المراد بالشركة في نفس الجدار: هي الشركة في البناء مع المكان الذي عليه البناء، لا الشركة في مجرد البناء؛ لأن الشركة في مجرد البناء بدون الأرض لا تستحق بها [٦٠٣/أ] الشفعة بحق الشركة؛ كما في الشركة في خشبة موضوعة على الحائط، نعم تستحق الشفعة بها بحق الجار الملاصق.

قال في «الزيلعي»: إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار بدون الأرض.. لا يقدم على غيره من الجيران؛ لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا تستحق بها الشفعة.

ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً بينهما.. كان أولى من غيره من الجيران، ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في الأرض المشتركة، ثم يقتسمان الأرض غير موضع البناء، فيبقى البناء وموضعه على الشركة.

وإنما كان هو أولى من غيره؛ لأنه شريك في بعض المبيع، والشريك أولى من الجيران.

أما في موضع البناء.. فظاهر؛ لكونه شريكاً فيه.

وأما في الباقي من موضع البناء من المبيع.. فكذلك أولى فيه عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن الضرر أخصُّ به؛ حيث كان شريكاً في البعض فيقدم على الجار.

وَهِيَ على عَدَدِ الرُّؤُوسِ لَا السِّهَام.

وفي رواية أخرى عنه: هو والجار سواء إلا في موضع الجدار؛ لأن استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار، وغيره يساويه فيه.

وعلى هذا: لو كان بعض الجيران شريكاً في منزل من الدار، أو في بيت منها، فبيعت الدار.. كان هو أحق في المنزل من غيره من الجيران.

واستووا في البقعة في رواية عنه؛ لأن كلهم جيران في حق البقعة.

وكذا لو كان دار بين رجلين، ولأحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار، فباعها.. كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار؛ لأنه شريك فيها والآخر جار، والشريك في البئر أولى بالبئر؛ لأنه شريك فيها والآخر جار.

ثم ما ذكره المصنف ههنا: كله مذهبنا.

وقال الشافعي: لا شفعة للجار.

ووجهه والجواب عنه مذكور في المفصلات.

(**وهي**)؛ أي: الشفعة تثبت (**على عدد الرؤوس**)؛ أي: رؤوس الشفعاء إذا كانوا أكثرين (**لا السهام**)؛ أي: قدر الملك.

صورته: دار بين ثلاثة؛ لأحدهم نصفها، وللآخر سدسها، وللثالث ثلثها، فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة.. يقضي بالنصف بينهما.

وكذا لو باع صاحب السدس أو الثلث.. يقضى بالنصف بينهما. هذا عندنا.

وقال الشافعي: تثبت بقدر السهام، حتى لو باع صاحب النصف في الصورة المذكورة.. يقضى بينهما بالشفعة أثلاثاً بقدر سهامهما.

ولو باع صاحب السدس [٦٠٣/ب].. يقضى بينهما أخماساً.

ولو باع صاحب الثلث.. يقضى بينهما أرباعاً.

استدل الشافعي: بأن الشفعة من مرافق ملكه؛ لأنها لتكميل منفعته، وكل ما هو كذلك.. فهو مقدر بقدر ملكه؛ كالربح والغلة والولد والثمرة.

ولنا: أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، ولهذا لو انفرد واحد منهم.. استحق كلَّ الشفعة، وهذا آية كمال السبب، والتساوي في سبب الاستحقاق: يوجب التساوي في الاستحقاق لا محالة؛ ليثبت الحكم بقدر دليله.

فإن قيل: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الملك الكثير أكثر اتصالاً، فلا يتساويان في السبب.

قلنا: إن كثرة الاتصال توزن بكثرة العلة.

ألا ترى: أن الاتصال بكل جزء: علة؛ بدليل: أن صاحب القليل لو انفرد.. استحق الجميع، وقد تقرر في الأصول: أنه لا ترجيح بكثرة العلة، وإنما الترجيح بقوتها، ولا قوة ههنا في الكثير لظهور القليل في مقابلة الكثير.. حيث يستحق صاحب القليل، ولو كان مرجوحاً.. لما ظهر في مقابلة الراجح.

وقوله: «إن الشفعة من مرافق ملكه».

قلنا: ممنوع؛ لأن التمكن من التملك بملك الغير يجعل الشفعة من ثمرات ملكه ومرافقه كالأب؛ فإن له التمكن من تملك جارية ابنه، ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه.

بخلاف ما استشهد به من الربح والغلة والولد والثمرة.. فإنها متولدة من الملك، فتستحق بقدر الملك، وتملُّكُ ملكِ الغير لا يتولد من ملكه.. فكيف يجعل من ثمرات ملكه؟!

ثم لو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء له بحقه من الشفعة.. فالشفعة للباقين في الكل على عدد رؤوسهم أيضاً دون سهامهم؛ لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم، والتشقيص كان للمزاحمة، وقد انقطعت بالتسليم.

فَإِذا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبيعِ.. يُشْهدُ فِي مجْلِسِ عِلمِهِ أَنَّهُ يطْلُبُهَا، وَيُسمَّى: **طلب مواثبةٍ.**

نظيره: الرهن؛ فإنه لو كان رهناً عند رجلين، فأسقط أحدهما حقه وقضى دين أحدهما.. كان الرهن كله للآخر، وليس له أن يأخذ شيئاً من الرهن، بخلاف ما لو أسقط حقه بعد القضاء له.. حيث لا يكون للباقي أن يأخذ نصيب التارك؛ لأنه بالقضاء له: قطع حق كل واحد منهم في نصيب المقضي له.. فليس لهم أن يأخذوا نصيبه بعده، وإلا.. لزم أن يكون شخص واحد مقضياً عليه ومقضياً له في قضية واحدة.

ولا فرق في هذا بين ما استووا في سبب الشفعة، وبين ما يكون بعضهم أقوى؛ كالشريك مع الجار.

ولو كان البعض غائباً.. يقضى [٦٠٤/أ] بالشفعة بين الحاضرين على عدد رؤوسهم؛ لأن الغائب يحتمل أن يطلب وأن لا يطلب.. فلا يترك حق الحاضرين بالشك.

وإن قضي للحاضرين بالجميع، ثم حضر آخر وطلبها.. يقضى له بالنصف؛ فإن حضر ثالث وطلبها.. يقضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية.

ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض.. لا يصح ويبطل حقه؛ لإعراضه، ويقسم بين الباقين على عدد رؤوسهم.

(فإذا علم الشفيع).

اعلم: أنه لا بد في الشفعة من الطلب، وهو ثلاثة: طلب مواثبة، وطلب إشهاد، وطلب أخذ وتملك.

فأشار إلى الأول بقوله: **(بالبيع)** متعلق بعلم، **(يشهد)** من الإشهاد **(في مجلس علمه: أنه يطلبها)**؛ أي: الشفعة **(ويسمى)** هذا الإشهاد بالطلب: **(طلب مواثبة)**، ولا بد له من هذا الطلب؛ لقوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها».

وشرط: أن يكون على الفور كما علم بالبيع من غير تأخير؛ عملاً بلفظ الحديث؛ لأن معنى «واثبها»: طلبها على وجه السرعة والمبادرة، ولأن سكوته وتأخيره بعد العلم بالبيع بلا عذر: يدل على عدم طلبه، فبطلت شفعته، ولأن الشفعة حق ضعيف، ولا بد له من الطلب فور العلم حتى لا يبطل؛ حتى قالوا: ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله، أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره.. بطلت شفعته عند عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد.

وفي رواية عنه: له مجلس العلم حتى لا يبطل ما لم يوجد منه دليل الإعراض.

وبه أخذ الكرخي وقال: وهذا بمنزلة خيار المخيرة والأمر باليد وقبول البيع.. فإنه يبقى إلى أن يوجد منه دليل الإعراض من القيام من المجلس.

واستدل عليه: بأنه لما ثبت له خيار التملك.. لا بد له من زمان التأمل؛ كما في المخيرة.. فله التأمل إلى آخر المجلس.

ولو قال بعدما بلغه خبر البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو سبحان الله.. لا تبطل شفعته على هذه الرواية؛ لأن الأول حمد على الخلاص من سوء جواره، والثاني: تعجب منه لقصد إضراره، والثالث: لافتتاح الكلام به، ولا يدل شيء منه على الإعراض.

وكذا إذا قال: من ابتاعها؟ أو بكم بيعت؟ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض.. فلا يدل ذلك قبل العلم به على الإعراض.

وكذا إذا قال: خلصني الله تعالى، أو قال للمشتري حين لقيه: السلام عليكم ورحمة الله.. بطلت الشفعة، أو قال: كيف أصبحت، أو قال: كيف أمسيت، أو قال: الله أكبر [٦٠٤/ب]، أو عطس صاحبه فشمته، ثم قال: طلبت الشفعة.. صح طلبه.

قال في «الهداية» و«العناية»: إن الإشهاد في طلب المواثبة: ليس بشرط.

وبيّنه في «العناية»: بأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة.. فلا يشترط فيه الإشهاد.

وفي تقييده بالمجلس: إشارة إلى ما اختاره الكرخي. تأمل.

ثم اختلفوا في لفظ هذا الطلب:

قال بعضهم: يقول: طلبت الشفعة، وأنا طالبها وأطلبها.

وقال بعضهم: يطلب بلفظ الماضي أو المستقبل، ولا يجمع بينهما.

وقال بعضهم: يقول: أطلب الشفعة وآخذها، ولا يقول: طلبت الشفعة وأخذتها؛ لأنه وقع كذباً ابتداء، فلو قال بذلك.. بطلت شفعته.

وقال بعضهم: لا يقول: أطلب الشفعة وآخذها؛ لأن ذلك عده محض.

والمختار: أنه يصح بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة؛ لأن الاعتبار بالمعنى، وقوله: «طلبت الشفعة وأخذتها»: إنشاء حالي لا ماضوي.. فلا يكون كاذباً؛ كما في بعت واشتريت، فلا تبطل به الشفعة، وهو الصحيح على ما في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: إنه إذا طلب بأي لفظ من الماضي أو المستقبل.. يصح طلبه.

وهل يشترط العدد والعدالة في الإخبار بالبيع؟

ففي «قاضي خان»: أما طلب المواثبة: فوقته فور علم الشفيع بالبيع في ظاهر الرواية:

إن أخبره بالبيع رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل عدل وسكت ولم يطلب الشفعة.. بطلت شفعته.

وإن أخبره بالبيع رجل غير عدل أو امرأة أو عبد أو صبي ولم يطلب الشفعة.. لا تبطل شفعته في قول أبي حنيفة، وقالا: تبطل؛ لحصول الإعلام بخبر الواحد؛ عدلاً كان أو لم يكن، حراً كان أو عبداً، صبياً كان أو بالغاً.

ثُمَّ يُشْهِدُ عِنْدَ الْعقارِ، أَو على الْمُشْتَرِي، أَو على البَائِعِ إِن كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ، ....

ولا يشترط العدد والعدالة عندهما.

وعند أبي حنيفة: يشترط؛ للعلم أحد شرطي الشهادة: العدد أو العدالة.

ولما ذكر طلب المواثبة.. شرع في بيان طلب الإشهاد فقال: (**ثم يشهد على العقار**)، هكذا في النسخ التي عندنا، ولو قال: «عند العقار» على ما في «الهداية» و«الزيلعي» وغيرهما.. لكان أولى.

(**أو على المشتري أو على البائع إن كان المبيع في يده**) - أي: يد البائع - يعني: قبل التسليم إلى المشتري.

ويسمى هذا الطلب: طلب إشهاد وتقرير.

قال في «قاضي خان»: وإنما يسمى هذا طلب الإشهاد لا لأن الشهادة شرط فيه، بل لتمكنه إثبات الطلب عند جحود الخصم.

فإن كان الشفيع حاضراً في مجلس البيع فطلب الشفعة بحضرة البائع [٦٠٥/أ] أو المشتري.. كفاه ذلك عن الطلب الثاني - أي طلب الإشهاد - فيقوم مقام الطلبين.

وإن لم يكن كذلك؛ بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والمبيع، فذهب إلى المشتري أو إلى البائع أو إلى المبيع لطلب الإشهاد.. فالمسألة على وجوه:

إن كان البائع والمشتري والشفيع والدار المبيعة في مصر واحد، والدار في يد البائع.. فإلى أيهم ذهب الشفيع وطلب الشفعة.. صح طلبه، ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد؛ لأن المصر مع تباعد الأطراف: كمكان واحد.

إلا أن يجتاز على الأقرب ولم يطلب الشفعة.. فحينئذٍ تبطل شفعته.

وإن كان البائع والمشتري والدار في مصر واحد والشفيع في بلدة أخرى؛ فإلى

فَيَقُولُ: اشْترى فلَانٌ هَذِه الدَّارَ، وَقد كنتُ طلبتُ الشُّفْعَةَ، وَأَنا أَطلبُها الْآنَ فَاشْهَدُوا على ذَلِكَ، وَيُسمى: طلبَ تَقْرِيرٍ وإِشهادٍ.

أيهم ذهب الشفيع إلى البائع والدار في يده، أو إلى المشتري، أو إلى الدار وطلب الشفعة.. صح طلبه.

وإن كان الشفيع مع أحد المتبايعين في مصر واحد، وأحد المتبايعين والدار في غير هذا المصر، فقصد الشفيع الإشهاد بعد طلب الشفعة وترك الأقرب إليه.. بطلت شفعته.

وإن كان البائع سلم الدار إلى المشتري؛ فإن طلب الشفعة من المشتري وأشهد.. صح طلبه.

وكذا لو لم تكن الدار في يد المشتري، فطلب من المشتري.. صح طلبه.

وإن طلب من البائع وأشهد؛ إن كانت الدار في يد البائع.. صح طلبه، وإلا.. فلا، ويصير كأنه لم يطلب. انتهى.

والحاصل: أنه إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة؛ بأن سمع الشراء حال غيبة كل من البائع والمشتري والدار المبيعة، وأما إذا سمع بحضرة أحد هؤلاء وأشهد على طلب المواثبة.. فلا يحتاج بعده إلى طلب الإشهاد، بل الأول يكفي عن الطلبين.

ثم إنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاث؛ لأن المشتري والبائع خصم فيه؛ المشتري: بالملك والبائع: باليد قبل التسليم إلى المشتري.

وأما بعد التسليم إليه.. فليس بخصم له أصلاً، لا ملكاً ولا يداً، فلا يصح الإشهاد عليه.

وأما عند العقار؛ فلتعلق الحق به.

(**فيقول**) الشفيع؛ هذا شروع في بيان صورة طلب الإشهاد: (**اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة**)؛ أي: طلب المواثبة، (**وأنا أطلبها**)؛ أي: الشفعة (**الآن فاشهدوا على ذلك، ويسمى طلب تقرير وإشهاد**) كذا صوره في «الزيلعي»، وهذا

ثـمَّ يطْلبُ عِنْدَ قـاضٍ فَيَقُـولُ: اشْترى فلَانٌ دَارَ كَذَا، وَأَنا شفيعُها بِسَبَبِ كَذَا، فمُره بِالتَّسْلِيمِ إِلَيّ، وَيُسمَّى: طلبَ خُصُومَةٍ وتمليكٍ.

بناء على الإشهاد عند الدار المبيعة.

وأما صورة الإشهاد على المشتري.. فعلى ما ذكره في «قاضي خان»: أن يقول الشفيع [٦٠٥/ب] للمشتري حين لقيه: أطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، وأنا شفيعها بالجوار بدار أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، فسلمها لي ولا بد على إطلاقه.

وأسند في «الهداية» و«الزيلعي» لزوم بيان المبيع وبيان تحديده إلى أبي يوسف.

اعلم: أن هذا الطلب إنما يثبت عند التمكن من الإشهاد، حتى لو تمكن ولم يشهد.. بطلت شفعته.

ولو لم يتمكن؛ بأن كان الشفيع في الطريق ولم يجد أحداً يوكله.. لم تبطل.

قال في «قاضي خان»: إن علم الشفيع بالبيع وهو في طريق مكة، فطلب طلب المواثبة ولم يقدر على طلب الإشهاد بأن لم يكن البائع والمشتري في الرفقة.. فإنه يؤكل وكيلاً يطلب الشفعة؛ فإن لم يوكل ومضى في الطريق؛ فإن وجد من يوكله بالطلب ولم يوكل.. تبطل شفعته.

وإن لم يجد وكيلاً ووجد فيجاً - أي: رسولاً - يكتب كتاباً على يديه ويوكل بالكتاب وكيلاً؛ فإن لم يفعل.. بطلت شفعته.

وإن لم يجد وكيلاً، ولا فيجاً.. لا تبطل شفعته حتى يجد؛ لأنه معذور. انتهى.

وذكر الثالث بقوله: (**ثم يطلب**) الشفيع (**عند قاضٍ فيقول: اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا**) من الشركة والجوار (**فمره بالتسليم إلي، ويسمى: طلب خصومة وتمليك**) ولا بد له من هذا الطلب إن أبى المشتري من أن يسلم الدار إليه

وَلَا تبطلُ الشُّفْعَةُ بِتَأْخِيرِهِ مُطلقاً فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

وَقيل: يُفْتى بقولِ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ إِن أَخّرهُ شهراً بِلَا عُذرٍ.. بطَلَتْ.

بعد طلب الإشهاد؛ لأنه لا يحكم له بالمبيع بدونه.

(**ولا تبطل الشفعة بتأخيره**)؛ أي: تأخير هذا الطلب؛ أي: طلب خصومة وتمليك (**مطلقاً**)؛ أي: بلا تعيين بمدة من شهر أو ثلاثة أيام فقط.

(**في ظاهر المذهب**) عن أبي حنيفة وأبي يوسف، (**وعليه الفتوى**)؛ لأن الحق متى ثبت واستقر بطلب المواثبة والإشهاد.. لا يبطل إلا بإسقاطه صريحاً كما في سائر الحقوق.

وهذا فيما إذا تركه من غير عذر؛ لأنه إذا تأخر بعذر المرض والسفر أو غيرهما من الموانع، ولا يمكنه التوكيل بهذا الطلب.. لا تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب أبداً بالاتفاق، على ما صرح به في «العناية».

(**وقيل: يفتى بقول محمد: أنه إن أخره شهراً بلا عذر.. بطلت**)؛ لأنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة أبداً.. لتضرر المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع، فقدرناه بشهر لأنه آجل، وما دونه: عاجل.

وفي «قاضي خان»: ولو أن الشفيع بعد طلب المواثبة والإشهاد لم يرفع الأمر إلى القاضي؛ إن لم يتمكن من الرفع لمرض، أو حبس [٦٠٦/أ]، أو منع مانع ولم يجد من يوكله بالخصومة عند القاضي.. لا تبطل شفعته؛ فإن لم يرفع مع التمكن من المرافعة.. ذكر في الكتاب: أنه على شفعته أبداً وإن حال الزمان.

قالوا: هذا قول أبي حنيفة.

واختلفت الروايات عن محمد:

في رواية: إن مضى شهر ولم يرفع مع التمكن.. بطلت شفعته.

وفي رواية أخرى: إذا مضى شهر وثلاثة أيام.

وفي رواية عنه: إذا مضى ثلاثة أيام ولم يرفع.. بطلت شفعته.

وَإِذا ادّعى الشِّرَاءَ وَطلبَ الشُّفْعَةَ.. سَأَلَ القَاضِي الْمُدَّعى عَلَيْهِ؛ فَإِن أَقرَّ بِملكِ مَا يشفعُ بِهِ أَو نكلَ عَنِ الْحَلِفِ على الْعِلمِ بملكيَّتِهِ، أَو برهَنَ الشَّفِيعُ.. سَأَلَهُ عَنِ الشِّرَاءِ:

واختلف فيه عن أبي يوسف أيضاً.

والفتوى: على أنه شهر. انتهى.

وفي «الزيلعي»: أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في ظاهر الرواية.

ثم ذكر فيه: ولو كان التأخير من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجواز في بلدة.. لا تسقط شفعته بالإجماع وإن طالت المدة؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة في مصره؛ فإن عدم قاض يرى الشفعة بالجواز: من الموانع المرخصة التأخير، وهكذا في «قاضي خان» أيضاً.

بخلاف ما إذا أجبر اليهود بالبيع يوم السبت، فلم يطلب.. حيث تبطل شفعته؛ لأنه غير معذور في التأخير.

وكذا لو كان الشفيع في عسكر خوارج أو أهل بغي، فخاف على نفسه أن يدخل في عسكر أهل العدل، فلم يطلب شفعته؛ لأنه غير معذور أيضاً.

(**وإذا ادعى**)؛ أي: إذا تقدم الشفيع إلى القاضي وادعى (**الشراء**) على المشتري، (**وطلب الشفعة**) عند القاضي (.. **سأل القاضي المدعى عليه**) وهو المشتري؛ (**فإن أقر**) المدعى عليه (**بملك ما يشفع به**)؛ أي: سأل القاضي المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع: هل هي ملك الشفيع أم لا؟

فإن أقر أنها ملكه.

(**أو نكل عن الحلف**)؛ أي: عند إنكار المدعى عليه بملك ما يشفع به (**على العلم بملكيته**)، وإنما يحلف على العلم؛ لأن الاستحلاف على ما في يد غيره.

(**أو برهن الشفيع**) على أنها ملكه (.. **سأله**)؛ أي: سأل القاضي المشتري (**عن الشراء**) فيقول له: هل اشتريت أم لا؟

فَإِن أَقَرَّ بِهِ أَو نكلَ عَنِ الْيَمين أَنهُ ما ابْتَاعَ، أَو مَا يسْتَحقُّ عَلَيْهِ هَذِهِ الشُّفْعَة، أَو برهَنَ الشَّفِيعُ.. قُضِيَ لَهُ بهَا.

(**فإن أقر به**)؛ أي: بالشراء (**أو نكل عن اليمين أنه ما ابتاع، أو ما يستحق عليه هذه الشفعة**)؛ أي: من الوجه الذي ادعاه الشفيع من جهة الشركة أو الجوار (**أو برهن الشفيع.. قضى له**)؛ أي: للشفيع (**بها**)؛ أي: بالشفعة؛ لثبوتها عنده.

هذا هو بيان كيفية طلب الأخذ.

وقد ذكر فيه: سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولاً عقيب طلب الشفيع، وليس كذلك.. بل القاضي يسأل أولاً للمدعي - قبل أن يتوجه على المدعى عليه -: عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدود؛ لأنه ادعى حقاً فيها.. فلا بد أن تكون الدار معلومة؛ لأن [٦٠٦/ب] دعوى المجهول لا تصح.. فصار كما إذا ادعى رقبتها.

فإذا بين المدعي ذلك.. سأله القاضي أيضاً: هل قبض المشتري الدار أم لا؟ لأنه إذا لم يقبضها.. لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع.

فإذا بين ذلك.. سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها؛ لأن الناس مختلفون فيه، فلعله ادعاه بسبب غير صالح لو يكون هو محجوباً بغيره.

وإذا بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره.. سأله أنه متى علم وكيف منع حين علم؟ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه.. فلا بد من كشف ذلك.

فإذا بين ذلك.. سأله عن طلب التقرير: كيف كان؟ وعند من أشهد؟ وهل كان الذي أشهد عنده أقرب من غيره أم لا؟

فإذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه، ثم دعواه.

وَلَا يُشْتَرَطُ إِحْضَارُ الثَّمنِ وَقتَ الدَّعْوَى؛ فَإِذا قَضَى لَهُ.. لزمَ إِحْضَارُهُ،...

ثم أقبل القاضي على المدعى [عليه][1] فسأله عن الدار التي يشفع بها: أهي ملك الشفيع أم لا؟

فإن أنكر المدعى عليه كونها ملكاً للشفيع.. يقول للمدعي: أقم البينة أنها ملكك.

فإن عجز عن البينة وطلب يمين المدعى عليه.. استحلف بالله: ما لم يعلم أنه مالكٌ لها، عند أبي يوسف.

وقال محمد: يحلف على البتات.

فإن نكل، أو قامت للشفيع بينة، أو أقر المشتري بذلك.. ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها، وبذلك يثبت سبب الشفعة.

وبعد ذلك: يسأل القاضي المدعى عليه: عن الشراء كما ذكره المصنف. كذا في «الزيلعي».

بقي الكلام في بيان الخصم الشرعي عند الدعوى.

فقال في «قاضي خان»: إذا رفع الأمر إلى القاضي.. فإن القاضي لا يسمع دعواه إلا بحضرة الخصم:

فإن كان الدار في يد البائع.. يشترط لسماع الدعوى: حضرة البائع والمشتري.

وإن كانت الدار في يد المشتري.. كفاه حضرة المشتري.

(**ولا يشترط إحضار الثمن وقت الدعوى**)؛ أي: يصح للشفيع دعوى الشفعة من غير إحضار الثمن إلى مجلس القاضي.

(**فإذا قضى له**) القاضي بالشفعة (**.. لزم إحضاره**)؛ أي: إحضار الثمن، وهذا ظاهر رواية «الأصل».

---

(١) زيادة من «تبيين الحقائق» (٢٤٥/٥).

وَلِلْمُشْتَرِي حَبْسُ الدَّارِ لقبضِهِ، وَلَا تَبطلُ شفعتُهُ بِتَأْخِيرِ الثَّمنِ بَعْدَمَا أُمِرَ بِأَدَائِهِ.

وللشَّفيعِ أَن يُخَاصِمَ البَائِعَ إِن كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ.

وَلَا يسمعُ القَاضِي الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ حَتَّى يحضُرَ المُشْتَرِي، ....

وعن محمد: أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ احترازاً عن توى الثمن.

وجه الظاهر: أن الثمن قبل القضاء: غير واجب عليه، ولا يجب التسليم قبل الوجوب.. فلا معنى لإحضاره قبل القضاء، غير واجب عليه بالشفعة قبل إحضاره الثمن.

(**وللمشتري حبس الدار**) عن الشفيع (**لقبضه**)؛ أي: الثمن؛ لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري، وقد كان للبائع حبس المبيع للثمن عن المشتري، فكذا هذا [٦٠٧/أ].

(**ولا تبطل شفعته بتأخير الثمن بعدما أمر بأدائه**)؛ لأنها تأكدت بالقضاء.. فلا تبطل بتأخير الثمن.

بخلاف ما إذا أخر قبل القضاء بها بعد الإشهاد عليه.. فإنها تبطل عند محمد؛ لعدم تأكدها بالقضاء.

(**وللشفيع أن يخاصم البائع إن كان المبيع في يده**)؛ لأن يده يد أصالة.. فلا يكون خصماً.

(**ولا يسمع القاضي البينة عليه**)؛ أي: على البائع إن كانت الدار في يده (**حتى يحضر المشتري**)؛ لأن الشفيع يطلب القضاء بالملك واليد جمعياً، والملك للمشتري واليد للبائع، فيشترط حضرتهما.

بخلاف ما لو كانت الدار المبيعة في يد المشتري.. فإنه لا يشترط حينئذ حضور البائع؛ لأنه صار أجنبياً من الدعوى إذ لم يبق له يد ولا ملك أصلاً، فيسمع

فَيفْسخُ البيعَ بِحَضْرَتِهِ، وَيَقْضِي بِالشُّفْعَةِ على البَائِعِ، وَيجْعَلُ الْعهْدَةَ عَلَيْهِ.

وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ: خَصْمٌ للشَّفِيعِ، مَا لم يُسَلِّم إِلَى الْمُوكِّلِ.

وللشفيعِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ وَإِن شَرط المُشْتَرِي البراءةَ مِنْهُ.

الدعوى على المشتري فقط بدون حضور البائع.

(**فيفسخ البيع بحضرته**)؛ أي: بحضرة المشتري (**ويقضى بالشفعة على البائع**).

وجه الفسخ: أن أخذ المبيع من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض، وفواته قبل القبض: يوجب فسخ العقد؛ لكونه قبل تمامه؛ كما إذا هلك قبل القبض في يد البائع؛ فإذا انفسخ البيع في حق المشتري.. يقضى بحق الشفعة على البائع.

(**ويجعل العهدة عليه**)؛ أي: على البائع، حتى يجب تسليم المبيع وضمان الثمن عند استحقاق المبيع عليه.

(**والوكيل بالشراء: خصم للشفيع ما لم يسلم**) الدار المبيعة (**إلى الموكل**) لأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل قبل تسليم المبيع إلى الموكل، والشفعة من حقوق العقد، وإذا سلم إليه.. لم يبق له يد ولا ملك، فترجع الحقوق إلى الموكل، فيكون الخصم هو الموكل.

(**وللشفيع: خيار الرؤية والعيب و إن**) – وصلية – (**شرط المشتري**)؛ أي: مع البائع (**البراءة منه**)؛ أي: من العيب أو رآه المشتري.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِنِ اخْتلفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي الثَّمنِ.. فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي.

وَإِن برهنا.. فَللشَّفِيعِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: لِلْمُشْتَرِي.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ الاِخْتِلَافِ الوَاقِعِ بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ

(**وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن**) وعجزا عن البينة (.. **فالقول للمشتري**)؛ لأنه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه بأقل الثمنين، والقول: قول المنكر مع يمينه.

ولا يتحالفان؛ لأنه لم يرد ثمة نص، ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه؛ لأن التحالف عرف بالنص فيما وجد الدعوى والإنكار من الجانبين، والمشتري ههنا لا يدعي على الشفيع شيئاً.. فلا يكون في معنى ما ورد به النص، فلا يصح الإلحاق به.

هذا فيما إذا عجزا عن البرهان.

وإن أقام أحدهما بينة.. قبلت بينته.

(**وإن برهنا.. فللشفيع**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: للمشتري**).

له: أن بينة [٦٠٧/ب] المشتري أكثر إثباتاً؛ لأنه يدعي زيادة الثمن، فصار:

كبينة البائع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقام البينة.. فإنها للبائع؛ لكونها أكثر إثباتاً.

وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن.. فإنها للوكيل.

وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد.. فإنها للمشتري؛ لكونها أكثر إثباتاً.

والشافعي مع أبي يوسف لذلك.

ولهما طريقان:

أحدهما: أنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين مثلاً، على ما شهد عليه البينتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع؛ لتأكد حقه.. فجاز أن يجعلا موجودين في حقه، وله أن يأخذ بأيهما شاء.

بخلاف البائع مع المشتري؛ لأنهما لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، فالجمع بينهما غير ممكن، فيصار إلى أكثرهما إثباتاً؛ لأن المصير إلى الترجيح: عند تعذر التوفيق، وهذا هو الترجيح لبينة الوكيل أيضاً؛ لأنه كالبائع والموكل كالمشتري.. فلا يمكن توالي العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق.

على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد: من أن البينة بينة الموكل.

وأما المشترى من العدو.. فقد ذكر في «السير الكبير»: أن البينة بينة المالك القديم، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف.

ولو سلم أن البينة للمشتري.. فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر؛ إذ لا يصح البيع الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد وأخذ بها.

والطريقة التالية حكاها أبو يوسف ولم يأخذها، وهي: أن بينة الشفيع ملزمة؛ لأنها إذا قبلت.. وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع، شاء أو أبى، والملزم من البينتين: أولى؛ لأنها وضعت للإلزام، وبينة المشتري غير ملزمة؛ لأنها

وَإِنِ ادّعى المُشْتَرِي ثمناً، وَالْبَائِعُ أَقَلَّ مِنْهُ.. أَخذَهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ قبلَ قبضِ الثّمنِ.

وَبِمَا قَالَ المُشْتَرِي بعدَهُ.

وَإِن عَكَسا.. فَبعدَ الْقَبْضِ يعْتَبرُ قَولُ المُشْتَرِي.

إذا قبلت.. لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك، وغير الملزم في مقابلة الملزم: غير معتبر.

(**وإن ادعى المشتري ثمناً والبائع أقل منه.. أخذه الشفيع بما قال البائع قبل قبض الثمن**)، وذلك لأن الأمر:

إن كان على ما قال البائع.. فقد وجب الشفعة به.

وإن كان على ما قال المشتري وادعى البائع أقل منه.. فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما سيأتي بيانه، فيأخذ مما قال البائع، ولأن التمليك على البائع كان بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل: «بعت».. لا يثبت للشفيع شيء [٦٠٨/أ].

ألا ترى: أنه لو أقر بالبيع وأنكره المشتري.. لا يثبت له حق الأخذ؛ فإذا كان التمليك عليه بإيجابه.. كان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله.

(**وبما قال المشتري بعده**)؛ أي: أخذ الشفيع بما قال المشتري بعد قبض البائع الثمن عن المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأن البائع لما استوفى الثمن.. انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين وصار كالأجنبي، فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري.. فيكون القول للمشتري.

(**وإن عكسا**)؛ بأن ادعى البائع ثمناً والمشتري أقل منه (.. **فبعد القبض: يعتبر قول المشتري**)، ولا يلتفت إلى قول البائع؛ لما ذكرناه: من أن البائع بعد استيفاء

وَقَبلَهُ يَتَحَالَفَانِ.

وَأيٌّ نَكَلَ.. اعْتُبِرَ قَولُ صَاحِبِهِ.

وَإِن حَلَفَا.. فُسِخَ البيعُ، وَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِمَا قَالَ البَائِعُ.

الثمن صار أجنبياً من العقد، فلا قول له، فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري، فيكون القول له.

(**وقبله: يتحالفان**) ويترادان؛ للحديث المعروف في باب التحالف.

(**وأيٌّ نكل**) من الحلف (.. **اعتبر قول صاحبه**)؛ فإن نكل البائع.. اعتبر قول المشتري، فيأخذه الشفيع بقول المشتري، وإن نكل المشتري.. فيأخذه الشفيع بقول البائع.

(**وإن حلفا.. فسخ**) القاضي (**البيع**)؛ لما عرف في كتاب الدعوى.

(**ويأخذه الشفيع بما قال البائع**)؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء؛ لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم.

هذا كله: فيما إذاكان مقبوضية الثمن وعدم مقبوضيته معلوماً للشفيع.

وأما إذا لم يكن معلوماً له.. فلا يخلو:

إما أن يقر البائع بالقبض أو لا يقر.

فإن كان الثاني.. فحكمه حكم ما إذا كان الثمن غير مقبوض كما عرفت ذلك.

وإن كان الأول، والحال: أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري:

فإما أن يقر أولاً بمقدار الثمن، ثم بالقبض أو بالعكس.

فإن كان الأول؛ كما لو قال: بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن.. أخذها الشفيع بقول البائع وهو الألف؛ لأنه إذا بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار.. تعلقت الشفعة بالبيع بمقدار.. تعلقت الشفعة بالبيع بذلك المقدار، ثم بقول: «قبضت الثمن»: يريد إسقاط حق الشفيع.. فيرد عليه.

وإن كان الثاني؛ كما لو قال: قبضت الثمن وهو ألف.. لم يلتفت إلى قوله؛ لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن.. خرج من البين وصار أجنبياً، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن؛ فإذا كان كذلك.. يأخذه الشفيع بما قال المشتري.

هذا كله في الاختلاف بين الشفيع والمشتري أو بين المشتري [٦٠٨/ب] والبائع في الثمن.

وإن اختلف الشفيع والمشتري في الطلب؛ بأن قال المشتري: إني قد اشتريت هذه الدار التي يريد أن يأخذها بالشفعة منذ سنة، وقد علم هذا المدعي بالشراء ولم يطلب الشفعة.. فيقول القاضي للمدعي: متى اشترى هو هذه الدار مع يمينه؟

فإن قال الشفيع: علمت منذ سنة وطلبت، وقال المشتري: لم تطلب.. كان القول قول المشتري.

وهو كالبكر إذا زُوِّجت وبلغها الخبر، فردت، فاختصما إلى القاضي، فقال الزوج: حين بلغَها الخبر سكتَتْ، وقالت: رددت حين علمت.. كان القول قولها.

ولو قالت: علمت يوم كذا ورددت.. لا يقبل قولها.

ولو قال الشفيع: لم أعلم بالشراء إلا الساعة.. كان القول قوله، وعلى المشتري البينة أنه علم قبل ذلك ولم يطلبه.

ولو قال المشتري: إنه لم يطلب الشفعة حتى لقيني، وقال الشفيع: طلبت الشفعة.. كان القول قول المشتري ويحلف بالله: أنه لم يطلب الشفعة حتى لقيك.

ولو قيل للشفيع: متى علمت؟ فقال: أمس أو في يومي قبل هذه الساعة.. لا يقبل قوله إلا بالبينة.

ولو أن رجلاً ادعى شفعة بالجوار قِبَل رجل لا يرى الشفعة بالجوار، فأنكر المدعى عليه وقال: لا شفعة له.. كان القول قوله مع يمينه، ويحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار.

ولا يحلف بالله ما له قبلك شفعة في هذه الدار؛ لأنه لو حلف على هذ
يحلف بناء على مذهبه، فيفوت حق المدعي.

رجلان تبايعا، فطلب الشفيع الشفعة بحضرة البائع والمشتري، فقال ا
البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشتري وأنكره الشفيع.. فالقول قول الشف
لا يصدَّقان على الشفيع، على ما ذكره محمد بن الفضل.

اشترى داراً لابنه الصغير، فأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة، واختلفا
في الثمن.. فالقول قول الأب، ولا يمين على الأب؛ لأن فائدة الاستحلاف
وإقرار الأب لا يصح على الصغير.

اشترى داراً فحضر الشفيع، فأراد أن يأخذ الدار، فقال المشتري: أح
بناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتها مبنية كما هي.. كان القول قول المش
أقام البينة.. كانت بينة الشفيع أولى.

وكذا لو اشترى أرضاً، فحضر الشفيع وفيها أشجار واختلفا على هـ
يكون القول قول المشتري إذا لم يكذبه الظاهر؛ بأن قال: أحدثت فيه
أمس.. فإنه حينئذ لا يقبل قول المشتري [٦٠٩/أ].

وإن قال: اشتريت منذ عشرين يوماً وأحدثت فيها الأشجار.. قبل قول

وإن قال المشتري: اشتريت البناء بخمسمائة درهم، ثم اشتريت ال
ذلك، أو قال: اشتريت الأرض بدون البناء أولاً، ثم اشتريت البناء بعقد
شفعة لك في البناء، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما معاً في صفقة واحدة:

في القياس: يكون القول قول المشتري.

وفي الاستحسان: يكون القول قول الشفيع؛ لأن المشتري ينكر ا
البناء؛ لتفرق الصفقة بعد قيام سبب الشفعة ظاهراً.. فلا يقبل قوله.

وَإِن حطَّ عَنِ الْمُشْتَرِي بعضَ الثّمنِ.. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِالْبَاقِي.
وَإِن حَطَّ الْكُلَّ.. يَأْخُذُهُ بِالْكُلِّ.

ولو قال المشتري: وهب لي البناء أولاً، ثم اشتريت الأرض.. كان القول قول المشتري، ويأخذ الشفيع الأرض بدون البناء.

ولو قال: اشتريت النصف، ثم النصف الآخر، وقال الشفيع بالجوار: اشتريت الكل بعقد واحد.. كان القول قول الشفيع استحساناً، وإن أقاما البينة.. كانت البينة بينة المشتري في قول أبي يوسف؛ لأنه هو المحتاج إلى البينة، وعلى قول محمد: البينة بينة الشفيع.

وإن قال المشتري: وهب لي هذا البيت من الدار بطريقه إلى باب الدار، ثم باعني ما بقي من الدار بألف درهم، وقال الشفيع: بل اشتريت كل الدار بألف درهم.. كان القول قول المشتري في البيت، ويأخذ الشفيع كل الدار غير البيت وطريقه إن شاء بألف.

وإن جحد البائع هبة البيت.. كان القول قوله مع يمينه. الكل في «قاضي خان».

(**وإن حط**) البائع (**عن المشتري بعض الثمن.. يأخذه الشفيع بالباقي**)؛ أي: من الثمن.

(**وإن حط الكل.. يأخذه بالكل**)؛ لأن حط البعض قبل القبض يلتحق بأصل العقد، فيصير كأنه اشتراه بذلك الباقي، فيظهر ذلك في حق الشفيع؛ لأنه إنما يأخذ بالثمن، والثمن هو ما بقي.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده؛ لوجود الالتحاق في الصورتين، فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن.

ولو حط بعضه بعد تسليمه الشفعة.. كان له أن يأخذها بالباقي؛ لأنه تبين له أن الثمن أقل، فلا يصح تسليمه.

وَإِن حطَّ النِّصْفَ ثمَّ النِّصْفَ.. يَأْخُذُ بِالنِّصْفِ الْأَخيرِ.

وَإِن زَادَ المُشْتَرِي فِي الثّمنِ.. لَا تلْزمُ الشَّفِيعَ الزِّيَادَةُ.

وَإِذا كَانَ الثّمنُ مِثلِيّاً.. لزمَ الشَّفِيعَ مثلُهُ.

وَإِن قيميّاً.. فَقيمتُهُ.

وَإِن كَانَ مُؤَجّلاً.. أَخذَ بِثمنٍ حَالٍّ.

أَو يطْلبُ فِي الْحَالِ وَيَأْخُذُ بعدَ مُضِيّ الْأَجَلِ.

بخلاف حط الكل؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد؛ لئلا يخرج العقد عن موضوعه؛ لأنه لو التحق به.. لكان هبة أو بيعاً بلا ثمن، وهو فاسد، فلا شفعة فيها.

(**وإن حط النصف ثم**) حط (**النصف**) الآخر.. (**يأخذ**) الشفيع (**بالنصف الأخير**)؛ لأنه لما حط النصف الأول.. التحق [٦٠٩/ب] بأصل العقد، فوجب عليه نصف الثمن، فلما حط النصف الآخر.. كان حطاً للجميع، فلا يسقط؛ كما لا يسقط الكل ابتداء.

(**وإن زاد المشتري في الثمن.. لا تلزم الشفيع الزيادة**)؛ لأنه استحق أخذه بالثمن المسمى قبل الزيادة، فلا يملك إبطال حقه الثابت له، فلا يتغير العقد في حقه؛ كما لا يتغير بتجديدهما العقد؛ لما يلحقه بذلك من الضرر؛ لأنه يحتمل أنهما تواضعا على ذلك إضراراً بالشفيع، بخلاف الحط؛ لأنه نفع له.

(**وإذا كان الثمن مثلياً.. لزم الشفيع مثله**).

(**وإن**) كان (**قيمياً.. فقيمته**)؛ لأن الشفيع يتملكه بمثل ما يتملكه المشتري؛ إن مثلياً.. فمثلي، وإن قيمياً.. فقيمي، حتى لو باع داراً بدار.. أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنها من القيميات.

(**وإن كان**) الثمن (**مؤجلاً.. أخذ**) الشفيع (**بثمن حال أو يطلب**) الشفعة (**في الحال، ويأخذ**) الدار (**بعد مضي الأجل**)؛ يعني:

وَلَا يتعجَّلُ مَا على المُشْتَرِي لَو أَخذَ الشَّفِيعُ بِالْحَالِّ.

وَلَو سكتَ عَنِ الطَّلبِ ليحلَّ الْأَجَلُ.. بَطَلَت شفعتُهُ.

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

الشفيع مخير بين الأمرين، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا.

وقال زفر والشافعي في القديم: له ذلك؛ لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة بالثمن، فيأخذه بأصله ووصفه معاً كما في الزيوف.

ولنا: أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمشتري.. فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما، ولأنه لا بد في الشفعة من الرضاء؛ لكونها مبادلة، ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضاء به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع، ولا مستلزم له؛ لتفاوت وصف الشيء يتبعه لا محالة، وهذا ليس كذلك؛ لأنه حق المشتري، والثمن حق البائع.. فكيف يكون وصفاً له؟ وإلا.. لزم أن يكون الأجل حقاً للبائع أيضاً.

ثم للشفيع أن يأخذها بثمن حال؛ إن شاء من البائع ومن المشتري.

فإذا أخذها بثمن حال من البائع.. سقط الثمن من المشتري؛ لتحول الصفقة إلى الشفيع، فصار المشتري أجنبياً.

وإن أخذها من المشتري.. رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان، واليه أشار بقوله: (**ولا يتعجل ما على المشتري**) من الثمن المؤجل (**لو أخذ الشفيع بالحال**)؛ أي: بالثمن الحال؛ لأن الأجل يثبت بالشرط، فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمن حال؛ كما لا يبطل بيعه من غير الشفيع بثمن حال.

(**ولو سكت**) الشفيع فيما كان الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم (**عن الطلب ليحل الأجل.. بطلت شفعته**) عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولاً.

(**خلافاً لأبي يوسف**).

له: أن الطلب ليس [٦١٠/أ] بمقصود لذاته، بل للأخذ، وهو لا يمكن من الأخذ

وَلَوِ اشْتَرى ذِمِّيٌّ بِخَمْرٍ أَو خِنْزِيرٍ.. يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ الذِّمِّيُّ بِمِثْلِ الْخمرِ وَقِيمَةِ الْخِنْزِيرَ، وَالْمُسلمُ بِالْقيمَةِ فيهمَا.

في الحال قبل حلول الأجل بثمن مؤجل، فلا فائدة في طلبه في الحال، فلا يكون سكوته دليل الإعراض حتى يبطل شفعته.

ولهما: أن حق الشفيع قد ثبت، ولهذا.. كان له أن يأخذه بثمن حال، ولولا أن حقه ثابت.. لما كان له الأخذ في الحال.

والسكوت عن الطلب في الحال بعد ثبوت حقه: دليل الإعراض، فتبطل به شفعته، فلا بد له من الطلب وإن لم يتمكن من الأخذ قبل حلول الأجل.

(**ولو اشترى ذمي بخمر أو خنزير.. يأخذه الشفيع الذمي بمثل الخمر**)؛ لأن الذمي يملك مثل الخمر وهو من المثليات، فيأخذه بمثله.

واحترز بقيد الذمي: عن المرتد؛ إذ لا شفعة له، وعن الشفيع المسلم؛ لما سيأتي ذكره.

(**وقيمة الخنزير**) لأن الذمي يملكه وهو من القيميات، فيأخذه بقيمته.

(**والمسلم**)؛ أي: يأخذه الشفيع المسلم (**بالقيمة فيهما**)؛ أي: في المشترى بخمر وخنزير؛ لأن المسلم لا يملك شيئاً من الخمر والخنزير، فيأخذه بالقيمة فيهما.

فإن قيل: قيمة الخنزير تقوم مقام يمينه؛ لأن قيمة ما يكون من القيميات: تقوم مقامه، فوجب أن يحرم على المسلم قيمته أيضاً، بخلاف قيمة الخمر؛ لأنه من المثليات.. فلا يقوم قيمته مقامه، فيجوز على المسلم تمليك قيمته.

قلنا: إنما يحرم على المسلم تمليك قيمة الخنزير إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وليس كذلك؛ لأنها ههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير.

والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكر من الأحكام؛ لالتزامه أحكامنا مدة إقامته في دارنا، فصار كالذمي في تلك المدة. كذا في «الزيلعي».

وَلَـو بنـى المُشْـتَرِي أَو غَـرَسَ.. أَخَـذَهَا الشَّـفِيعُ بِـالثّمنِ، وبقيمتِهمـا مقلوعَينِ؛ كَمَا فِي الْغَصْبِ، أَو كلَّفَ المُشْتَرِي قَلعَهُما.

(**ولو بنى المشتري أو غرس**)؛ أي: على الأرض المشفوعة (.. **أخذها**)؛ أي: الأرض المشفوعة (**الشفيع بالثمن**) الذي اشترى بذلك الثمن المشتري (**وبقيمتهما**)؛ أي: قيمة البناء والغرس (**مقلوعين**)؛ أي: مستحق القلع لا مقلوعاً بالفعل، على ما تقدم الفرق بينهما في «كتاب الغصب».

(**كما في الغصب، أو كلف المشتري قلعهما**)؛ أي: قلع البناء والغرس.

وعن أبي يوسف: أنه لا يكلف بالقلع، بل يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك، وهو أحد قولي الشافعي.

وله قول آخر، وهو: أن يقلع الغرس ويعطي قيمة البناء.

لأبي يوسف: أنه ليس بمتعد في البناء والغرس، بل بنى وغرس بناء على أنهما ملكه، فيكون محقاً في البناء والغرس، والمحق في الشيء: لا يكلف بقلعه؛ لأن التكليف بالقلع من أحكام [٦١٠/ب] العدوان:

كالموهوب له إذا بنى أو غرس.. ليس للواهب أن يكلف بالقلع، بل يرجع في الأرض.

وكالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو زرع.. فإنه ليس له أن يكلف بقلع البناء والزرع.

ووجه ظاهر الرواية: أن المشتري بنى وغرس في محل تعلق به حق متأكد للغير؛ بحيث لا يقدر على إسقاطه جبراً من غير تسليط من جهة من له الحق، وكل ما هو كذلك.. نقض؛ كالراهن إذا بنى أو غرس في المرهون.

وهذا: لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري، ولهذا.. ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة. على ما في «الزيلعي».

بخلاف بناء الموهوب له والمشترى شراء فاسداً؛ فإن بناءهما حصل بتسليط

وَلَوِ اسْتحقَّتْ بَعْدَمَا بَنَى الشَّفِيعُ، أَو غرسَ.. رَجَعَ على المشتري بالثَّمنِ فقط.

وَإِن جَفَّ الشّجرُ أَوِ انْهَدمَ الْبناءُ عِنْدَ المُشْتَرِي يَأْخُذهُا الشَّفِيعُ بِكُلِّ الثّمنِ إِن شَاءَ.

الواهب والبائع، فليس لهما التكليف بالقلع، ولا تسليط ههنا من الشفيع.. فله أن يكلف بالقلع.

(**ولو استحقت**) الأرض المشفوعة (**بعدما بنى الشفيع أو غرس**)، فكلف المستحق الشفيع بقلع البناء والغرس، فقلع الشفيع البناء والغرس (.. **رجع**) الشفيع (**على المشتري بالثمن**)؛ لأنه تبين: أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق؛ لأن الأرض لم تكن في ملكه، فيسترد الثمن منه.

(**فقط**)؛ أي: دون قيمة البناء والغرس، لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشتري إن كان أخذها منه.

قال في «الزيلعي»: معناه: أنه لا يرجع بما نقص البناء والغرس بالقلع.

ثم هذا جواب ظاهر الرواية.

عن أبي يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضاً؛ لأنه متملك عن المشتري، فكان كالمشتري، والمشتري في صورة الاستحقاق: يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء.. فكذلك الشفيع.

ووجه الظاهر: هو الفرق بينه وبين المشتري؛ بأن المشتري مغرور من جهة البائع مسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري؛ لأن الشفيع أخذها منه جبراً.

(**وإن جف الشجر أو انهدم البناء**)؛ يعني: اشترى أرضاً فيها شجر أو بناء، فجف الشجر أو انهدم البناء من غير صنع أحد (**عند المشتري.. يأخذها**)؛ أي: الأرضَ (**الشفيعُ بكل الثمن إن شاء**)، ولا يسقط من الثمن؛ لأن الشجر والبناء تابعان

وَإِن هَدَمَ الْمُشْتَرِي الْبناءَ.. أَخذَ الشَّفِيعُ الْعَرَصَةَ بحصَّتِها، وَلَيْس لَهُ أَخذُ النِّقْضِ.

وَإِن شَرَى الْمُشْتَرِي الأَرْضَ مَعَ شجرٍ مُثمِرٍ أَو ....

للأرض؛ حتى يدخلان في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن.

قال في «الزيلعي»: [هذا] إذا انهدم البناء ولم يبق [له نقض،][1] ولا حطب أو خشب من الشجر، وأما إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري.. فليس للشفيع أخذه لانفصاله من الأرض؛ حيث لم يكن تبعاً [٦١١/أ] من الأرض.. فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه حينئذ: مال قائم بقي محتبساً عند المشتري، فيكون له حصة من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة.

(**وإن هدم المشتري البناء.. أخذ الشفيع العرصة بحصتها**) من الثمن.

(**وليس له أخذ النقض**) ـ بكسر النون ـ أي: المنقوض من البناء، وهذا لأنه صار بالإتلاف مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن.

بخلاف ما إذا انهدم من غير صنع؛ لأن الهلاك فيه بآفة سماوية، فلا يقاس عليه.

فإذا كان له حصة من الثمن.. يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليهما.

بخلاف ما إذا انهدم بآفة سماوية وكان النقض باقياً عند المشتري.. حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس.

هذا: وتقييد الهدم بالمشتري ليس باحتراز عن الأجنبي؛ لأن نقض الأجنبي كنقض المشتري في الحكم المذكور على ما في «الزيلعي».

(**وإن شرى المشتري الأرض مع شجر مثمر**)؛ أي: عليه ثمر وقت الشراء (**أو**

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «الزيلعي» (٢٥١/٥).

غيرَ مثمِرٍ، فأَثمَرَ فِي يَدِهِ.. أَخذَهَا الشَّفِيعُ مَعَ الثَّمرِ فيهِمَا.

فَإِن جذَّهُ المُشْتَرِي.. فَلَيْسَ للشَّفِيعِ أَخذُهُ، وَيَأْخُذُ مَا سواهُ بِالْحِصَّةِ فِي الأَوَّلِ وَبِكُلِّ الثَّمَنِ فِي الثَّانِي.

غير مثمر)؛ أي: لا ثمر له وقت الشراء، (فأثمر في يده.. أخذها الشفيع مع الثمر فيهما) استحساناً.

والقياس: أن لا يكون له أخذ الثمر؛ لعدم التبعية؛ كالمتاع الموضوع فيها.

وجه الاستحسان: أنه بالاتصال خلقة: صار تبعاً من وجه؛ لأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل؛ كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض.. فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم، فكذا هذا.

(فإن جذّه)؛ أي: الثمر في الفصلين (المشتري.. فليس للشفيع أخذه)؛ أي: الثمر؛ لبطلان تبعيته بالكلية بالانفصال.

(ويأخذ) الشفيع (ما سواه)؛ أي: ما سوى الثمر المقطوع من الأرض والشجر (بالحصة) من الثمن (في الأول)؛ أعني: ما اشتراه المشتري مع شجر مثمر (وبكل الثمن في الثاني)؛ أعني: ما اشتراها بشجر غير مثمر فأثمر في يده.

وهذا: لأن الثمر في الأول: كان داخلاً في العقد لوجوده حين العقد، فيكون له حصة من الثمن، فتسقط حصته منه بالقطع.

بخلاف الفصل الثاني؛ لأن الثمن فيه لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يدخل عند الأخذ في المبيع إلا تبعاً ـ فلا يقابله شيء من الثمن.

* * *

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ وَمَا يُبْطِلُهَا)

إِنَّمَا تجبُ الشُّفْعَةُ قصداً فِي عقارٍ مُلِكَ بِعِوَضٍ هُوَ مَالٌ وَإِن لم يُمكِنَ قسمتُهُ؛ كرحى وحمَّامٍ وبئرٍ.

(بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَمَا لَا تَجِبُ فِيهِ وَمَا يُبْطِلُهَا)

(**إنما تجب**)؛ أي: تثبت (**الشفعة قصداً**).

احترز به عن البناء والشجر في بيع العقار؛ لأن الشفعة فيهما تجب تبعاً للعقار.

(**في عقار**) وهو: ما له أصل من دار أو ضيعة.

أطلقه؛ فشمل [٦١١/ب] ما يقسم وما لا يقسم؛ كالبئر والرحى والحمام والنهر والطريق؛ لأن الشفعة تجب فيها عندنا.

وقال الشافعي: لا تجب فيما لا يقسم؛ بناء على أصله: من أن الشفعة تجب عنده لدفع أجرة القسام ومؤونة القسمة، فلا يتحقق إلا فيما لا يقسم.

قلنا: لا نسلم أنها تجب لدفع ذلك، بل تجب لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، وذلك لا يختص بما قسم، بل تجري فيما يقسم وما لا يقسم، والمنصوص: يشهد لنا أيضاً: منها قوله ﷺ: «الشفعة في كل شيء؛ عقار أو ربع» إلى غير ذلك من العمومات، والربع: الدار.

(**مُلِكَ**) ـ على صيغة المجهول ـ: صفة عقار.

(**بعوض هو مال**)، احترز: بقوله: «بعوض»: عما ملك بهبة.. فإن الشفعة لا تجب فيها، وبقوله: «هو مال»: عما إذا ملك بعوض غير مال كالمهر و الخلع و الصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك.. فإن الشفعة لا تجب في هذه الأشياء على ما سيأتي.

(**وإن**) ـ وصلية ـ (**لم يمكن قسمته؛ كرحى**)؛ أي: بيت رحى على ما في «العناية».

(**وحمام وبئر**) ونهر في طريق، وفيه خلاف الشافعي على ما ذكرناه من قبل.

فَلَا تجبُ فِي: عَرَضٍ، وفُلْكٍ، وَبِنَاءٍ وَشَجَرٍ بيعا بِدُونِ الأَرْضِ، وَلَا فِي إِرْثٍ، وَصدقَةٍ، وَهبةٍ بِلَا عوضٍ مَشْرُوطٍ، ....

(.. فلا تجب)؛ أي: لا تثبت (في عرض)؛ لقوله ﷺ: «الشفعة في كل عقار»؛ لأن سكوته ﷺ في محل البيان: يفيد نفي الحكم عن غير المذكور.

(وفلك) مال ملك تثبت الشفعة؛ لأنها تسكن كالعقار.

ولنا قوله ﷺ: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» والربع: الدار.

(وبناء وشجر بيعا)؛ أي: البناء والشجر (بدون الأرض)؛ لأنهما منقولان، ولا شفعة في المنقول عندنا إلا تبعاً للعقار، حتى لو بيعا مع الأرض.. تثبت الشفعة فيهما تبعاً للأرض.

بخلاف العلو؛ فإنه تجب فيه الشفعة بدون السفل على ما سيصرح به.

وكذا: لا شفعة في بناء أو شجر بُنِيَ وغرس على أرض الوقف أو على أرض الأميرية.

(ولا في إرث وصدقة وهبة بلا عوض) مالي (مشروط)، وهذا: لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري: بمثل ما تملكه المشتري في المثليات، وبقيمته في القيميات، فقد شرط المشرع في تملك الشفيع: أن يكون تملكه بسبب كان المشتري تملكه بذلك السبب، لا بإنشاء سبب آخر.

ولهذا.. لم تثبت الشفعة فيما ملكه بالإرث والصدقة والهبة بلا عوض مشروط؛ لأنه لو أخذ الواهب والمتصدق والمورث بالشفعة.. أخذه بعوض مالي لا مجاناً، فكان أخذه بسبب غير السبب الذي تملك به الوارث والفقير والموهوب، وهذا قلب الموضوع.

بخلاف الهبة بعوض مالي مشروط في العقد، وقد وجد القبض؛ بأن وهب [٦١٢/أ] دار الرجل على أن يهب الموهوب له ألف درهم وتقابضا.. فإن فيه الشفعة؛ لأنه في معنى البيع، فيأخذه الشفيع بذلك العوض.

وَمَا بِيع بِخِيَارِ البَائِعِ أَو بيعاً فَاسِداً.. مَا لم يُسْقِط حقَّ الْفَسْخِ.

(وما بيع)؛ أي: لا شفعة فيما بيع (بخيار البائع)؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه، وبقاءُ ملكه يمنع وجوب الشفعة؛ لأن شرط ثبوتها: أن يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري، وخيار البائع يمنع ذلك.

بخلاف ما إذا أسقط البائع خياره.. فإنه حينئذ تثبت الشفعة؛ لوجود المقتضي وزوال المانع.

واختلف في اشتراط الإشهاد للشفيع عند سقوط الخيار:

قالوا: الأصح: أنه يشترط؛ لأن البيع إنما صار سبباً لزوال الملك في ذلك الوقت.

وبخلاف ما إذا اشترى بشرط الخيار.. حيث تثبت له الشفعة؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال الملك عن البائع، ووجوب الشفعة يبتنى عليه، وسيأتي ذكره.

(أو بيعاً فاسداً)؛ لأن البيع الفاسد قبل القبض: لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقياً على ملكه، فلا يثبت للشفيع حق الشفعة.

وبعد القبض وإن كان يفيد الملك، لكن حق البائع باق فيها، ولهذا.. كان واجب الدفع؛ لدفع الفساد، ويحرم على المشتري التصرف فيها.

وفي إثبات الحق للشفيع: تقرير الفساد، فلا يجوز، وإلا.. لتحول ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع.

(ما لم يسقط) البائع الذي باع بخيار الشرط، أو بيعاً فاسداً (حق الفسخ)؛ أعني: الخيار في الأول.

وبناء المشتري في الدار المشفوعة أو إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو الهبة أو جعله نهراً أو غير ذلك في الثاني.

أما سقوط الخيار للبائع.. فقد تقدم بيانه.

وأما بناء المشتري فيها: فلأن حق البائع ينقطع به، فلا يملك الاسترداد؛ لأن

وَلَا فِيمَا قُسِمَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، أَو جُعِلَ أُجْرَةً أَو بدلَ خُلْعٍ أَو عِتقٍ، أَو صلحٍ عَن دمِ عمدٍ، أَو مهْراً.

حق البائع في الاسترداد في البيع الفاسد لحق الشرع، والبناء حق المشتري، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى؛ لاحتياج العبد، وقد بنى المشتري بتسليط البائع.. فلا يكون له نقض.

وأما إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو غيره.. فلانقطاع حق البائع أيضاً؛ فإن المشتري الشراء الفاسد لو باع المبيع بالبيع الصحيح.. يخرج المبيع عن ملكه، فكان للشفيع أن يأخذ بالشفعة بأي البيعين شاء؛ لانقطاع حق البائع؛ فإن أخذه بالبيع الثاني.. أخذه بالثمن؛ لأن البيع الثاني صحيح، والواجب فيه: الثمن، فيأخذ به.

وإن أخذه بالبيع الأول.. أخذه بالقيمة؛ لأن الواجب فيه القيمة؛ لفساد هذا البيع، ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني [٦١٢/ب] ليأخذه الشفيع؛ لأن البيع الثاني كان صحيحاً مفيداً للملك، وإنما فسخ لحق الشفيع.

ولو عاد حق البائع.. لبطل حق الشفيع، وذلك باطل؛ لأن ما يكون من مقتضيات حق شخص.. لا يثبت على وجه يبطل حقه، وإلا.. لزم استلزام وجود شيء وعدمه، وهو محال.

ولو أخرجه عن ملكه بالهبة أو جعله مهراً أو بدل خلع.. أخذه الشفيع بالقيمة.

(**ولا فيما قسم بين الشركاء**)؛ يعني: لو اقتسم الشركاء العقار بينهم.. فلا شفعة لجارهم بالقسمة؛ لأن القسمة تشتمل الإفراز والمبادلة، والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة، وهي المبادلة من كل وجه.

(**أو جعل**) العقار (**أجرة**)؛ بأن استأجر داراً من رجل [وجعل] العقار أجرة له.

(**أو**) جعل (**بدل خلع أو**) بدل (**عتق**) بأن عتق عبداً على دار.

(**أو**) بدل (**صلح عن دم عمد، أو**) جعله (**مهراً**) لامرأة تزوجها.

والأصل ههنا: ما ذكرناه في الإرث والصدقة والهبة.

وَإِن قُوبِلَ بِبَعْضِهِ مَالٌ.

وَعِنْدَهُمَا: تجبُ فِي حِصَّةِ المَالِ.

وَلَا فِيمَا صُولِحَ عَنهُ بِإنكارٍ ....

وتوضيحه: أن الشرع لم يشرع التمليك بالشفعة إلا بما يملك به المشتري: **صورة ومعنى**؛ كما في المثليات، أو معنى؛ كما في القيميات، ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه المعاني؛ لأنها ليست بأموال، ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها.. فلا يمكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بما يملك به المشتري، فلم يكن مشروعاً، وفيها خلاف الشافعي.

أطلق المهر؛ فشمل: **المهر المسمى**؛ بأن جعل العقار مهراً مسمى حين العقد أو بعد العقد.

ومهر المثل؛ بأن تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها عقاراً بدل مهر المثل.

بخلاف ما لو باع العقار من زوجته بمهر مسماها أو بمهر مثلها.. فإنه ثبت فيه الشفعة؛ لأنه مبادلة مال بمال؛ لأن ما أعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر. كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

(وإن) وصلية **(قوبل ببعضه)**؛ أي: بعض العقار الذي جعله مهراً **(مال)**، وذلك بأن تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة على الزوج ألف درهم في مقابلة بعض الدار.. فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة؛ لأن معنى البيع فيه: تابع، ولا شفعة في المتبوع.. فكذا في التابع.

(وعندهما: تجب) الشفعة **(في حصة المال)**؛ لأنه مبادلة بمال في الحصة، فتجري فيه الشفعة.

(ولا فيما صولح عنه)؛ أي: ولا شفعة في عقار صولح عنه بمال؛ لأنه إذا صالح عنه **(بإنكار)**.. بقي العقار في يده، وهو يزعم أنه لم يزل عن ملكه، والشفعة تبتنى على زوال الملك.

أَو سكُوتٍ.

وَتجبُ فِيمَا صُولِحَ عَلَيْهِ بِأَحَدِهِمَا.

وَلَا فِيمَا سَلِمَتْ شفعتُهُ ثـمَّ رُدَّ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ، أَو شَرطٍ، أَو بِخِيَارِ عيبٍ بِقَضَاءٍ.

وَمَا رُدَّ بِهِ بِلَا قَضَاءٍ، أَو بالإِقالةِ.. تجبُ فِيهِ.

(**أو سكوت**)؛ لأنه يحتمل بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه [٦١٢/أ]؛ كما إذا أنكر صريحاً.

بخلاف ما إذا صالح عنه بإقراره؛ لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح، فكان مبادلة مال بمال، فتجري فيه الشفعة.

(**وتجب**) الشفعة ـ أي: تثبت ـ (**فيما**)؛ أي: في عقار (**صولح عليه بأحدهما**)؛ أي: بإنكار أو سكوت.

وكذا: بإقراره على ما في «الهداية»؛ لأنه أخذه عوضاً عن حقه في زعمه، فكان مبادلة مال بمال.

ولا بد أن يكون العوض من غير جنس حقه؛ لأنه إذا كان من جنس حقه.. كان أخذه لحقه، فليس فيه معاوضة، فلا تجب فيه الشفعة. كذا في «الهداية» و«العناية».

(**ولا فيما سلمت شفعته، ثم رد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء**)؛ يعني: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم رد العقار على البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان، أو بخيار عيب بقضاء قاضٍ.. لا شفعة فيها؛ لأنه فسخ من كل وجه، فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً، فعاد إلى قديم ملك البائع، والشفعة تجب في الإنشاء لا في البقاء على ما كان، ولا فرق في ذلك: بين أن يكون الفسخ قبل القضاء أو بعده.

(**وما رد به**)؛ أي: بخيار عيب (**بلا قضاء أو بالإقالة.. تجب**) الشفعة (**فيه**)؛ لأن الإقالة بيع جديد في حق الثالث ـ وهو الشفيع على ما تقدم في الإقالة ـ فتجري فيها الشفعة.

وَتجبُ فِي الْعُلُوِّ وَحدَهُ.

وَفِي السُّفْلِ بِسَبَبِهِ.

والرد بعيب بلا قضاء: ليس بفسخ من كل وجه، بل هو إقالة، فتجري فيها الشفعة أيضاً.

قال في «الهداية» و«العناية»: إذا رد بعيب بقضاء قاض.. لا فرق فيه بين القبض وعدمه في عدم ثبوت الشفعة.

وأما إذا رد بعيب بغير قضاء؛ فإن كان الرد قبل القبض.. فلا شفعة فيه أيضاً؛ لأنه فسخ لا بيع من الأصل، وإن كان الرد بعد القبض.. ففيه الشفعة.

وقال في «الزيلعي»: إنما يستقيم هذا على قول محمد؛ لأن بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض؛ كما في المنقول، فلا يمكن حمله على البيع، فيحمل على الفسخ.

(وتجب) الشفعة ـ أي: تثبت ـ (في العلو وحده)؛ أي: بدون السفل.

بخلاف البناء بدون العرصة.. فإنه لا تجب الشفعة في البناء وحده بدون العرصة على ما تقدم في أول هذا الباب.

(وفي السفل بسببه)؛ أي: بسبب العلو.

ولا يخفى عليك: أن هذه المسألة لم تقع في محلها عقيب قوله في أول الباب: «وبناء وشجر بيعا بدون الأرض» بأن يقول هكذا: «ولا تجب في عرض وفلك وبناء وشجر بيعا بدون الأرض، بخلاف العلو بدون السفل؛ فإنه يجب فيه الشفعة [٦١٣/ب] بدون السفل، وبسببه تجب الشفعة في السفل أيضاً» على ما وقع في «الهداية»؛ حيث قال فيها:

ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعا بدون العرصة، بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة في السفل.

ثم لا يخفى: أن استحقاق الشفعة في السفل بسبب العلو:

قد يكون بالجوار، وقد يكون بالشركة.

والأول: فيما كان طريق العلو في السكة لا في السفل.. فإنه حينئذ يكون العلو طاراً للسفل.

والثاني: فيما كان طريق العلو في السفل.. فإنه حينئذ يكون العلو شريكاً للسفل في الطريق الخاص، فيكون مقدماً على الجار في حق الشفعة.

قال في «قاضي خان»: علو لرجل وسفل لآخر، وطريق العلو في السكة العليا لا في السفلى، باع صاحب السفل سفله.. كان لصاحب العلو أن يأخذ السفل بالشفعة؛ لأن السفل متصل بالعلو، فكانا جارين.

ولو أن صاحب العلو طلب الشفعة، فانهدم العلو قبل أن يأخذ أو كان العلو مهدماً حين بيع السفل.. كان لصاحب العلو أن يأخذ السفل بالشفعة في قول محمد؛ لأن له حق التعلي على السفل، فيأخذ بذلك.

وقال أبو يوسف: إذا انهدم العلو.. لا شفعة له.

وصاحب السفل بشفعة العلو: أحق من الجار في قول أبي حنيفة؛ إذا لم يكن للجار شركة في الطريق. انتهى.

قلت: صح وجه الطرفين لو أن محمداً قال: إن الشفعة في العلو لا تستحق بعين البناء؛ لأن البناء مما يحول وينقل.. فيكون من المنقولات، وقد تقدم: أنه لا شفعة في المنقول، وإنما تستحق بسبب قرار البناء؛ أعني: حق التعلي، وهذا قائم لم ينزل بانهدام البناء، ولذا.. كان لصاحب العلو البناء على السفل وإن لم يرض صاحب السفل؛ فإذا قام بسبب الشفعة بعد الانهدام.. كان له حق الشفعة بعده.

وقال أبو يوسف: إن الشفعة إنما تستحق بما هو مملوك للشفيع؛ بدليل: أن الساكن لا يستحق الشفعة لانعدام الملك، وحق التعلي غير مملوك؛ لأنه عبارة عن الهواء، وإنما المملوك هو البناء، وقد انعدم بالانهدام، فلم يبق له سبب الشفعة قبل أن يأخذ، فتبطل شفعته.

وَفِيمَا بِيعَ بِخِيَارِ الْمُشْتَرِي.

وَإِن بِيعَتْ دَارٌ بِجَنبِ الْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ.. فَالشُّفْعَةُ لِمَن لَهُ الْخِيَارُ، بائعاً أَو مُشْتَرياً وَتَكون إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

وعلى هذا الخلاف أيضاً: أنه إذا بيعت دار بجنب السفل، فانهدم العلو والسفل قبل الأخذ بالشفعة.. قال أبو يوسف: الشفعة لصاحب السفل فقط.

وقال محمد: لصاحب السفل والعلو معاً. كذا في «المجمع» وشروحه.

(**وفيما بيع**)؛ أي: تجب الشفعة في عقار بيع (**بخيار المشتري**)؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال [٦١٤/أ] الملك عن البائع، ووجوب الشفعة يبتنى عليه؛ فإن أخذ الشفيع في أيام الخيار؛ أعني الثلاث.. لزم البيع؛ لعجز المشتري عن الرد على البائع، ولا خيار للشفيع؛ لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط، والشرط كان للمشتري لا للشفيع.

بخلاف خيار البائع؛ فإنه يمنع الشفعة كما تقدم آنفاً.

(**وإن بيعت دار**) متصلة (**بجنب**) الدار (**المبيعة بالخيار**) - الباء متعلق بالمبيعة - (.. **فالشفعة لمن له الخيار بائعاً أو مشترياً**).

أما البائع: فظاهر؛ لأن ملكه باق في الدار المبيعة بالخيار، وهي التي يشفع بها؛ لأن خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه؛ فإذا كان ملكه باقياً.. كان له الشفعة..

وأما المشتري: ففيه إشكال؛ لأن أصل أبي حنيفة: أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار له، والشفعة لا تستحق إلا بالملك.. فكيف يكون له حق الشفعة؟

(**ويكون**) الأخذ بالشفعة (**إجازة**) للبيع الأول (**من المشتري**)؛ أي: إذا أخذها المشتري بالشفعة.. يكون أخذه بالشفعة: إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره، فيملك المبيع الأول بالبيع الأول، والمبيع الثاني بالشفعة.

ومن هنا: يمكن اندفاع الإشكال المذكور. تأمل.

ولشفيعِ الأُولى أَخذُهَا مِنْهُ، لَا أَخذُ الثَّانِيَةِ.

وَإِن بِيعَتْ دَارٌ بِجنبِ مَا بِيعَتْ فَاسِداً.. فشفيعُها البَائِعُ إِن بِيعَتْ قبلَ قبضِ المُشْتَرِي.

فَإِذا قبضَ بعدَ الحُكمِ لَهُ بهَا.. لَا تَبطلُ.

وأما أخذ البائع بالشفعة.. فكان نقضاً للبيع الأول؛ لأنه قرر في ملكه في المبيع، وإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار: نقض للبيع؛ فإذا كان نقضاً للبيع.. سقط خياره أيضاً.

ثم ما ذكره من قوله: «ويكون إجازة من المشتري في خيار الشرط للمشتري، بخلاف خيار الرؤية له»؛ فإنه إذا اشترى داراً ولم يرها.. لم يبطل خيار الرؤية له بأخذ ما بيع بجنب تلك الدار بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال، فكيف يبطل بدلالته؟!

(**ولشفيع**) الدار (**الأولى**) وهي التي اشتراها المشتري بشرط الخيار: (**أخذها**)؛ أي: الدار الأول (**منه**)؛ أي: من المشتري بحق الشفعة.

(**لا أخذ الدار الثانية**) وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة؛ لانعدام ملك شفيع الأول في الأول حين بيعت الثانية، فلا يملكها بالشفعة.

(**وإن بيعت دار بجنب ما بيعت فاسداً.. فشفيعها**)؛ أي: شفيع الدار المبيعة بيعاً صحيحاً بجنب ما بيعت فاسداً: (**البائع**) الأول؛ أي: البائع فاسداً (**إن بيعت**) الدار المبيعة بيعاً صحيحاً (**قبل قبض المشتري**) الدار المبيعة بيعاً فاسداً لأن ملك البائع باق فيها قبل قبض المشتري كما كان؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل قبض، ولا يخرجه عن ملك البائع.

(**فإذا قبض**) المشتري [٦١٤/ب] الدار المبيعة بيعاً فاسداً (**بعد الحكم له**)؛ أي: للبائع فاسداً (**بها**) أي: بشفعة الدار المبيعة بجنب هذه الدار (**.. لا تبطل**) شفعته؛ لأن

وَإِن بِيعَتْ بعدَ قبضِ المُشْتَرِي.. فَالشُّفْعَةُ للْمُشْتَرِي.

فَإِنِ اسْتردَّ البَائِعُ مِنْهُ الْمَبِيعةُ قبلَ الحُكمِ لَهُ بِالشُّفْعَةِ.. بطَلَتْ شفعتُهُ.

وَإِن بعدَ الحُكمِ.. بقِيَتِ الثَّانِيَةُ على مِلْكِهِ.

بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بالشفعة: ليس بشرط لتقرر الشفعة بالحكم بها.

بخلاف ما إذا قبضها المشتري قبل الحكم للبائع بالشفعة.. فإنه حينئذ بطلت شفعة البائع؛ لزوال ما كان يستحق الشفعة به قبل الحكم.

(وإن بيعت) دار (بعد قبض المشتري) الدار المبيعة فاسداً (.. فالشفعة للمشتري)؛ لأنه ملك تلك الدار.

فإن قيل: في ذلك تقرير للفساد؛ فإنه أخذ الدار المبيعة صحيحاً بالشفعة بالدار المشتراة فاسداً، وهذا تقرير لهذا الفساد.

أجيب: بأن المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة: متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في الدار التي أخذها بالشفعة، بخلاف المشتراة شراء فاسداً؛ لأن أخذها بالشفعة يفضي إلى تقرير الفساد على ما تقدم.

(فإن استردَّ البائع منه)؛ أي: من المشتري الدار (المبيعة) بيعاً فاسداً (قبل الحكم له)؛ أي: للمشتري شراء فاسداً (بالشفعة)؛ أي: بشفعة الدار المبيعة بيعاً صحيحاً بجنب تلك الدار (.. بطلت شفعته)؛ أي: شفعة المشتري؛ لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها.

وهل تثبت الشفعة للبائع بعد الاسترداد من المشتري؟

ففي «العناية»: أنها لا تثبت للبائع؛ لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً.

(وإن) استردها (بعد الحكم) للمشتري بالشفعة (.. بقيت) الدار (الثانية) التي أخذها بالشفعة (على ملكه)؛ لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم له بالشفعة: ليس بشرط كما تقدم.

وَالْمُسِلمُ وَالذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ.

وَكَذَا: الْحرُّ وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ وَالْمكَاتبُ وَلَو فِي مَبِيعِ السَّيِّدِ؛ كالعكسِ.

(والمسلم والذمي)، والباغي والعادل، والصغير والكبير (في الشفعة سواء).

قال ابن أبي ليلى: لا شفعة لكافر؛ لأن الشفعة رفق شرعي.. فلا يستحقه من ينكر الشرع.

ولنا: العمومات الواردة في حق الشفعة من غير فصل بين مسلم وذمي، ولأنهم في: سبب الشفعة، وهي: اتصال الملك، وحكمها، وهي: دفع ضرر سوء الجوار: سواء، والاستواء في السبب والحكم: يقتضي الاستواء في الاستحقاق أيضاً.

(وكذا: الحر والعبد المأذون والمكاتب) والذكر والأنثى؛ لما ذكرناه من العمومات الواردة، والاستواء في السبب والحكم والاستحقاق.

(ولو) وصلية (في مبيع السيد؛ كالعكس).

قال في «قاضي خان»: لو باع الرجل داراً وعبده المأذون شفعيها؛ فإن كان على العبد دين.. فله الشفعة، وإن لم يكن [٦١٥/أ].. فلا شفعة له.

ولو باع العبد المأذون داراً، ومولاه شفيعها؛ فإن لم يكن على العبد دين.. لا شفعة للمولى، وإن كان عليه دين.. فلمولاه الشفعة.

ولو باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها.. كان له الشفعة.

ولو باع المكاتب ومولاه شفيعها.. كان له الشفعة أيضاً. انتهى.

فظهر منه: أن كلام المصنف لا بد أن يقيد بالعبد المأذون المديون، كما سيأتي في الكتاب أيضاً.

*　*　*

(فَصْلٌ)
[فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَة]

وَتَبطلُ الشُّفْعَةُ:

بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ، أَوِ الْبَعْضِ وَلَو مِنَ الْوَكِيلِ.

(فَصْلٌ)
[فِيمَا تَبْطُلُ بِهِ الشُّفْعَة]

لما ذكر ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب.. شرع في بيان ما يبطلها.

(**وتبطل الشفعة بتسليم الكل**)؛ لأن تسليم الكل صريح في الإسقاط، فتبطل به.

(**أو البعض**)؛ لأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً؛ لأنه يملكه الشفيع كما ملكه المشتري، والمشتري لا يملك البعض؛ لأنه تفريق الصفقة، فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً، فيكون ذكر بعضه كذكر كله.

والمراد بالتسليم: هو التسليم بعد البيع؛ لأن التسليم قبل وقوع البيع: لا يصح، ويصح بعده.

سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم، وعلم من سلم إليه الشفعة أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة كما في الطلاق والعتاق.

(**ولو**) وصلية (**من الوكيل**).

قال علاء الدين في «شرح الوقاية»: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة وأقر على الموكل أنه سلمها.. فعند أبي حنيفة: يصحان في مجلس القاضي لا غيره.

وقال أبو يوسف: أولاً لا يصحان كيف كانا، ثم رجع وقال: يصحان أين كانا.

وقال محمد: لا يصح تسليمه بحال، ويصح إقراره في مجلس القاضي لا في غيره.

وهكذا ذكره في «الدرر» وقال: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم أو أقر على

الموكل بتسليم الشفعة.. صح لو كانا عند القاضي، وإن كان عند غيره.. لا يجوز، إلا أنه يخرج من الخصومة.

وقال أبو يوسف: يجوز مطلقاً.

وقال زفر: لا يجوز مطلقاً. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: الوكيل بطلب الشفعة إذا سلم الشفعة للمشتري.. جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. انتهى.

ولم يقيد بمجلس القاضي.

فعلى هذا: يكون المراد بالوكيل في كلام المصنف: هو الوكيل بطلب الشفعة، فمعنى كلامه: «وتبطل الشفعة بتسليمها ولو كان التسليم صادراً من الوكيل».

وكذا تبطل بتسليمها إلى الوكيل بالشراء؛ كما في «شرح النقاية».

وقال في «قاضي خان»: ولو أن الشفيع قال للمشتري وقد اشترى الدار لغيره بالوكالة: سلمت شفعتها أو سلمت الشفعة لك.. كان تسليماً للشفعة.

ولو قال الشفيع للبائع والدار في يد البائع: سلمت شفعتها لك.. كان تسليماً للشفعة.

ولو قال البائع بعدما سلم الدار إلى المشتري [٦١٥/ب]: سلمت الشفعة لك.. صح استحساناً.

ولو قال: سلمت الشفعة بسببك أو لأجلك.. صح تسليمه قياساً واستحساناً.

ولو قال للوكيل بالشراء بعدما دفع الدار إلى الموكل: سلمت لك الشفعة.. صح استحساناً.

ولو اشترى داراً بالوكالة لغيره، فقال أجنبي للشفيع: سلم شفعة هذه الدار للموكل، فقال الشفيع: سلمتها لك أو أعرضت عنها لك.. صح تسليمه استحساناً.

وبتركِ طلبِ المواثبةِ أَو التَّقْرِيرِ

وبالصُّلحِ عَنِ الشُّفْعَةِ على عِوَضٍ،.................................

ولو قال الشفيع الأجنبي ابتداء: سلمت شفعة هذه الدار لك، أو قال: أعرضت عنها لك.. لا يصح تسليمه، ولا تبطل شفعته قياساً واستحساناً.

ولو قال الشفيع لأجنبي: سلمت الشفعة للموكل، أو قال: رميتها للموكل، أو قال: أعرضت عنها للموكل لأجلك وشفاعتك.. صح تسليمه للآمر، وتبطل شفعته.

وإن قال لأجنبي: سلمت لك شراء هذه الدار.. لم يكن ذلك تسليماً، ولا تبطل شفعته.

(**وبترك طلب المواثبة أو التقرير**) وقد تقدم معنى طلب المواثبة وطلب التقرير.

وترك طلب المواثبة: يكون بتأخيره عن مجلس علمه، وترك طلب التقرير: يكون بتأخير الإشهاد عن مدة التمكن منه؛ فلو أخر طلب المواثبة عن المجلس والإشهاد عند البائع أو المشتري أو العقار عن مدة التمكن منه.. بطلت شفعته ولو كان التأخير بالحمد والتسبيح والتكبير.

وفي رواية عن محمد: أنه لو حمد أو حوقل أو سبح أو أجاب سلاماً أو شمت عاطساً... لا تبطل شفعته؛ كما إذا أتم الأربع قبل الظهر وبعد الجمعة.

وكذا: لو أتم أربعاً بعد الظهر.. لا تبطل، ولو جعلها ستاً.. بطلت شفعته.

وذكر الناطفي: أنه إذا علم بالبيع وهو في التطوع فجعلها أربعاً أو ستاً.. لا تبطل شفعته.

والصحيح: أنه إذا جعلها ستاً.. تبطل على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: ولو افتتح التطوع بعد طلب المواثبة قبل طلب الإشهاد.. تبطل شفعته.

(**وبالصلح**)؛ أي: تبطل الشفعة بالصلح (**عن الشفعة على عوض**) مالي من

وَعَلِيهِ ردُّهُ.

وَكَذَا: لَو بَاعَ شفعَتَهُ بِمَالٍ.

الدراهم أو الدنانير؛ سواء صالح مع المشتري أو مع الأجنبي، على ما في «قاضي خان»؛ لأنه تسليم للشفعة.

(وعليه)؛ أي: على الشفيع (رده) أي: رد العوض؛ لأن الصلح باطل أيضاً؛ لأنه ليس للشفيع إلا مجرد حق التملك بلا ملك.. فلا يصح الاعتياض عنه بمال؛ لأنه رشوة، فيرده.

قال في «قاضي خان»: رجل اشترى داراً بمائة دينار، وقال للشفيع: اشتريت هذه الدار بمائة دينار فسلم إليَّ نصفها وأدفع نصفها إليك، وقال الشفيع: نعم؛ إن قال: فعلت ذلك.. يكون تسليماً للشفعة.

قال: وذكر هذه المسألة [٦١٦/أ] في كتاب الشفعة وجعلها على ثلاثة أوجه: إما أن يسلم الشفعة بالدراهم، أو ببعض منها بعينها، أو ببعضها بغير عينها.

إن قال: سلمت نصف الشفعة لك بمائة درهم.. بطلت شفعته في الكل، وفي رواية: لا تبطل.

وذكر في «الجامع» ما يدل على أن تسليم الشفعة في البعض لا يبطل شفعته في الكل.

فإن صالح الشفيع من الشفعة على دراهم.. بطلت شفعته، ولا يجب المال.

وإن صالح على بعض معين من الدار.. صح، ويكون للشفيع نصف الدار ويبقى النصف للمشتري، ولذا.. قيدنا العوض بالدراهم والدينار.

ثم قال في «قاضي خان» أيضاً: ولو صالح الشفيع الأجنبي من شفعته على دراهم معلومة.. كان تسليماً لها، ولا يجب المال؛ لأنه لو صالح المشتري من شفعته على مال.. بطلت شفعته، ولا يجب المال.

(وكذا)؛ أي: تبطل الشفعة (لو باع شفعته بمال)؛ لما ذكرناه في الصلح على عوض.

وَكَذَا: لَو قَالَ للمخيَّرَةِ: اختاريني بِألِفٍ، أَو قَالَ الْعِنِّينُ لامْرَأَتِهِ ذَلِكَ فاختارَتْهُ.. بَطلَ خِيَارُهَا، وَلَا يَجِبُ الْعِوَضُ.

وَتبطلُ بِبيعِ مَا يَشفعُ بِهِ قبلَ الحُكمِ لَهُ بهَا.

وبموتِ الشَّفِيعِ، لَا بِمَوْتِ المُشْتَرِي.

وَلَا شُفْعَةَ لِمَنْ بَاعَ أَو بِيعَ لَهُ، ....

(**وكذا لو قال**) الزوج (**للمخيرة: اختاريني بألف، أو قال العنيّن لامرأته ذلك**)؛ أي: اختاريني بألف، (**فاختارته**)؛ أي: اختارت المرأة في الصورتين زوجها (.. **بطل خيارها، ولا يجب العوض**) على الزوج ـ أعني: الألف ـ لأن اختيار المرأة ليس بمال، بل مجرد حق اختيار الزوج بلا مال.. فلا يصح الاعتياض عنه بمال.

(**وتبطل**) الشفعة (**ببيع ما يشفع به**) بيعاً باتاً، حتى لو باعه بالخيار.. لم تبطل (**قبل الحكم له**)؛ أي: للشفيع (**بها**)؛ أي: بالشفعة؛ لأن الاستحقاق بالشفعة بالجوار أو بالشركة، وقد زال ذلك قبل التملك.

(**وبموت الشفيع**)؛ لأن ملكه زال بالموت وانتقل إلى الوارث، وبعد ثبوته لم يوجد البيع؛ لأن البيع قد وجد قبل الانتقال إلى الوارث، فلا تثبت الشفعة للوارث.

(**لا بموت المشتري**)؛ لأن المستحق باق، وبموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق.

(**ولا شفعة لمن باع**)؛ أصيلاً كان أو وكيلاً على ما في «الزيلعي»، وهذا لأن أخذ البائع أصيلاً أو وكيلاً المبيع بالشفعة: يكون سعياً في نقض ما تمّ من جهته وهو الملك، واليد للمشتري؛ لأن الأخذ بالشفعة: تملك المبيع، وهو ينافي تمليكه للمشتري، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته: مردود.

ومنه: ظهر فساد ما في «شرح النقاية» من تخصيص تفسير البائع ههنا بالوكيل.

(**أو بيع له**)؛ يعني: رجل وكل رجلاً بالبيع، فباع الوكيل للموكل داره.. فلا شفعة للموكل؛ لما ذكرناه: من أن أخذه بالشفعة: سعيٌ في نقض ما تم من جهته؛ إذ

أَو ضَمِنَ الدَّرَكَ، أَو ساوَمَ المُشْتَرِي بيعاً أَو إِجَارَةً.

وَتجبُ لِمَنِ ابْتَاعَ أَوِ ابتيعَ لَهُ.

لولا توكيله.. لما جاز بيعه، فكان تمام بيع الوكيل من جهته، فسعيه لإبطاله [٦١٦/ب]: مردود.

وصورته على ما في «العناية»: رب المال إذا باع المضارب داراً من مال المضاربة، ورب المال شفيعها.. فلا شفعة له.

وصورة أخرى له: الوكيل بالبيع باع داراً لموكله وهذه متصلة بدار؛ أي لموكله.. فليس للموكل شفعته.

(أو ضمن الدرك)؛ أي: ضمن الشفيع للمشتري عن البائع الدرك؛ أي: الاستحقاق.. فلا شفعة للشفيع؛ لأن أخذه بالشفعة: سعي في نقض ما تم من جهته؛ لأن تمام البيع والملك للمشتري إنما كان من جهته؛ فإنه لو لم يضمن الدرك.. لم يرض المشتري.

(أو ساوم) الشفيع **(المشتري بيعاً أو إجارةً)**؛ لأن مساومة المشتري بيعاً أو إجارة: دليل الرضاء بثبوت الملك للمشتري؛ لأن المشتري لا يقدر بيعه منه، ولا إيجاره منه إلا بعد ثبوت الملك له، وذلك لا يكون بإسقاط الشفيع حقه ، وكذلك إذا طلبها منه تولية أو أخذها مزارعة أو معاملة، وكل ذلك بعد العلم بالشراء على ما في «الاختيار».

(وتجب) الشفعة **(لمن ابتاع)**؛ أي: المشتري أصالة أو وكالة **(أو ابتيع له)**؛ أي: لمن وكل آخر بالشراء، فاشترى الوكيل لأجل الموكل، والموكل شفيع.. كان له الشفعة.

صورته: دار بين ثلاثة، وللدار جار ملاصق؛ فإذا بيعت هذه الدار واشتراها أحد الشركاء.. تثبت الشفعة للمشتري؛ سواء اشترى أصالة أو وكالة.

وَلَو قيلَ للشَّفِيعِ: إِنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفٍ فَسلَّمَ، ثمَّ بَان أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ، أَو بكيلِيٍّ أَو وَزنِيٍّ، أَو عَدَدِيٍّ مُتَقَارِبٍ قِيمَتُهُ أَلفٌ، أَو أَكثرَ. فَلَهُ الشُّفْعَةُ.

وَلَو بَان أَنَّها بِيعَتْ بِعَرَضٍ قِيمَتُهُ أَلفٌ، أَو بِدَنَانِيرَ قيمتُهَا أَلفٌ.. فَلَا.

وكذا: تثبت للموكل إذا كان اشتراها الوكيل لأجله، وتثبت أيضاً الشفعة للشريك الآخر.

وفائدته: أنها لا تثبت للجار الملاصق؛ لأن الشريك مقدم عليه.

والأصل ههنا: أن الشفعة إنما تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار الرغبة فيها، والشراء أصالة أو وكالة إظهار الرغبة في المشترى.. فلا يكون إبطالاً للشفعة.

بخلاف البيع أصالة أو وكالة؛ فإنه إظهار الرغبة عنه، فيكون إبطالاً للشفعة لا يستحق به الشفعة.

(**ولو قيل للشفيع: إنها بيعت بألف**) درهم (**فسلم**) الشفعة، (**ثم بان**) ـ أي: ظهر ـ (**أنها بيعت بأقل أو بكيلي أو وزني أو عددي متقارب قيمته**)؛ أي: قيمة الكيلي أو الوزني أو العددي (**ألف أو أكثر.. فله الشفعة**).

أما في ظهوره أقل: فلأن تسليمه عند كثرة الثمن لا يكون دليلاً على تسليمه عند قلة الثمن؛ لأن تسليمه لتعذر الثمن الكثير عليه، فيجوز رغبته عنه بالثمن القليل.

وأما في البواقي: فلأن تسليمه في أحد الجنسين لا يستلزم تسليمه في الجنس الآخر؛ لأنه ربما يسهل عليه الجنس الآخر.

(**ولو بان أنها بيعت بعرض قيمته ألف، أو بدنانير**) [٦١٧/أ] (**قيمتها ألف.. فلا**) شفعة.

يعني: قيل له: بيعت بألف فسلَّم، ثم بان أنها بيعت بعرض ليس من ذوات الأمثال من القيميات، وقيمته ألف أو أكثر.. صح تسليمه، ولا شفعة له؛ لأن الواجب فيه القيمة، وهي: إما دراهم أو دنانير:

وَلَو قيلَ لَهُ: المُشْتَرِي فلَانٌ فَسلَّم الشفعةَ، فَبَانَ أَنَّهُ غَيرُهُ.. فَلهُ الشُّفْعَةُ.

وَلَو بَانَ أَنَّهُ هُوَ مَعَ غَيرِهِ.. فَلهُ الشُّفْعَةُ فِي حِصَّةِ الْغَيْرِ.

وَلَو بلغَهُ بيعُ النّصْفِ، فَظهرَ بيعُ الْكلِّ.. فَلهُ الشُّفْعَة.

فإن كانت كما سمع وسلم وهو الألف.. فلا يظهر التفاوت، فلا فائدة في الأخذ بالشفعة.

وإن كانت أكثر؛ فلأنه إنما سلم الشفعة لاستكثار الثمن؛ فإذا كان أكثر من ذلك.. كان أرضى بالتسليم.

بخلاف ما إذا كانت أقل.. فإن له الأخذ بالشفعة حينئذ لما ذكرناه.

وكذا: إذا بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر.. فلا شفعة له، بخلاف ما إذا كانت قيمتها أقل؛ لما ذكرناه.

(ولو قيل له)؛ أي: للشفيع: **(المشتري فلان، فسلم الشفعة، فبان غيره.. فله الشفعة)**؛ لتفاوت الناس في الأخلاق؛ فمنهم: من يُرغَب في معاشرته، ومنهم: من يُجتَنَبُ مخافة شره، فالتسليم في حق بعضه.. لا يكون تسليماً في حق غيره.

(ولو بان أنه)؛ أي: المشتري **(هو)** أي الفلان الذي سمعه **(مع غيره.. فله الشفعة)** في حصة الغير؛ لأن التسليم لم يوجد **(في حصة الغير)**.

(ولو بلغه)؛ أي: الشفيع **(بيع النصف)**، فسلم **(فظهر بيع الكل.. فله الشفعة)** في الكل؛ لأنه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل، والكل غير النصف.. فلا يكون إسقاطه إسقاطاً للكل.

بخلاف ما إذا بلغه بيع الكل فسلم، فظهر بيع البعض.. لا شفعة له في ظاهر الرواية؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه كلها.

وفي رواية: أن له الشفعة؛ لأنه: **قد لا يتمكن** من تحصيل ثمن الجميع، **وقد تكون** حاجته إلى النصف دون الكل.

وإن باعَها إِلَّا ذِرَاعاً مِن طُولِ جَانبَ الشَّفِيعِ.. فَلَا شُفْعَةَ لَهُ.

وَإِن شَرَى مِنْهَا سَهْماً بِثمنٍ، ثمَّ شَرَى بَاقِيَهَا.. فَالشُّفْعَةُ فِي السَّهْمِ فَقَط.

وَإِنِ ابتاعَها بِثمنٍ ثُمَّ دفعَ عَنهُ ثوباً.. أَخذَهَا الشَّفِيعُ بِالثَّمنِ لَا بِقِيمَةِ الثَّوْبِ.

وَلَا تكرهُ الْحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَبِهِ يُفْتَى قبلَ وُجُوبِهَا.

(**وإن باعها**)؛ أي: الدار (**إلا ذراعاً من طول جانب الشفيع.. فلا شفعة له**)؛ لأن الاستحقاق بالجوار، ولم يوجد الاتصال بالمبيع.

وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري؛ لعدم الافتراق والاتصال أيضاً، وهذا حيلة في إسقاط الشفعة.

(**وإن شرى منها**)؛ أي: من الدار (**سهماً بثمن، ثم شرى باقيها.. فالشفعة في السهم**) الأول (**فقط**)؛ لأن الشفيع جار في السهمين، والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار.

ولو أراد الحيلة.. اشترى السهم الأول بجميع ثمن الدار إلا درهماً منه، ثم اشترى الباقي بالدرهم، فلا يرغب الجار في السهم الأول؛ خصوصاً إذا كان السهم الأول جزء قليلاً كالعشر مثلاً أو أقل.

(**وإن ابتاعها**)؛ أي: اشترى الدار (**بثمن، ثم دفع**) إلى البائع (**عنه**)؛ أي: عن الثمن (**ثوباً.. أخذها**)؛ أي: الدارَ (**الشفيعُ بالثمن لا بقيمة** [٦١٧/ب] **الثوب**)؛ لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري، فيكون البائع مشترياً للثوب بعقد آخر غير العقد الأول.

وهذه حيلة في إسقاط الشفعة تعم الجار والشريك؛ بأن باع الدار بأضعاف قيمته، ثم دفع المشتري إليه ثوباً قيمته قدر قيمة الدار.. فلا يرغب الشفيع بأضعاف قيمته.

(**ولا تكره الحيلة في إسقاطها**)؛ أي: الشفعة (**عند أبي يوسف، وبه يفتي قبل وجوبها**) أي: الشفعة.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: تُكرَهُ.

وللشفيعِ أَخذُ حِصَّةِ بعضِ المشتَرِينَ، لَا حِصَّةُ بعضِ البائعينَ.

(وعند محمد: تكره)؛ لأن الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب، وإلحاق الضرر به: حرام، فكانت مكروهة.

ولأبي يوسف: أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وإن كان يتضرر غيره في ضمنه.

قيل: هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب، وأما بعده.. فمكروه بالإجماع؛ كما في الزكاة؛ فإن الحيلة في إسقاطها لا تكره قبل الوجوب عند أبي يوسف وتكره بعد الوجوب بالاتفاق.

وقيل: لا تكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة مطلقاً، وإنما الخلاف في فصل الزكاة.

واعلم: أن لإسقاط الشفعة حيلاً كثيرة؛ منها: ما ذكرناه من قبل:

ومنها: أنه شرى بدراهم معلومة مع قبضة فلوس أشير إليها وجهل قدرها، وضاعت الفلوس بعد القبض.. فإنه تبطل الشفعة؛ فإن تلك الفلوس الثمن معلوم حالة العقد ومجهول حالة الشفعة، وجهالة الثمن.. تمنع الشفعة... إلى غير ذلك من الحيل التي ذكرها في «قاضي خان» وغيره.

وهل للشفيع أن يحلف المشتري بأنه ما فعل هذه الحيلة فراراً عن الشفعة؟

ففيه اختلاف:

ففي «قاضي خان»: أنه لا يحلفه.

وفي «الولواجية» و«التجنيس»: أنه يحلفه؛ فإن نكل.. له الشفعة.

(وللشفيع أخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البائعين).

يعني: إذا تعدد المشتري؛ بأن اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد.. يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي.

وللجارِ أَخذُ بعضِ مشَاعٍ بِيعَ فقُسِمَ وَإِن وَقع فِي غيرِ جَانِبِهِ.

وإن تعدد البائع؛ بأن باع جماعة عقاراً مشتركاً بينهم، والمشتري واحد.. لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض.

والفرق: أن الشفيع في الثاني: يأخذ نصيب بعضهم بتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه، وبعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع.. فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ.

وفي الوجه الأول: يقوم الشفيع [٦١٨/أ] مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة على أحد.

ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح، إلا أن الشفيع لا يمكن له أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد من الثمن حصته حتى ينقد الجميع، كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم؛ لأنه كواحد منهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه فصَّل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم.. ليس له ذلك، وبعده.. كان له ذلك؛ لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه، وبعده: لا يتضرر؛ لأنه لم يبق له يد.

وجوابه: أن له أن يحبس المبيع إلى أن يستوفي جميع الثمن، فلا يؤدي إلى تفريق اليد. كذا في «الزيلعي».

(**وللجار أخذ بعض مشاع بيع، فقسم وإن**) وصلية (**وقع في غير جانبه**)؛ أي: لو اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسم المشتري البائع.. أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته أو تركه.

وليس له أن ينقض القسمة؛ سواء كانت القسمة بحكم القاضي أو بالتراضي؛ لأن القسمة من تمام القبض؛ لما فيه من تكميل الانتفاع.

ألا ترى: أن الهبة تتم بها، حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع؛ باعتبار أن قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة؛ فإذا كانت من تمام القبض.. فالشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع.. فكذا ما يتم بالقبض.

فإذا لم ينقض القسمة.. فله أخذ نصيب المشتري أو تركه، لا أخذ الكل.

فإن قيل: القسمة فيها معنى المبادلة، والشفيع يملك نقض تصرفات المشتري.. فكذا نقض قسمته.

أجيب: بأن القسمة **إفراز من وجه**، ولهذا يجري فيها الجبر، **ومبادلة من وجه**، ولهذا يجري فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية:

باعتبار أنها مبادلة: يملك.

وباعتبار أنها إفراز: لا يملك.. فلا يملك بالشك.

بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه.. فإن للشفيع نقضه؛ لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع، بل هو تصرف بحكم الملك، فكان مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة.

ثم اختلفت الرواية في أن الشفيع: هل يأخذ نصيب المشتري من أي جانب كان، أو من جانب يشفع بها؟

فعن أبي يوسف: أنه يأخذ من أي جانب كان، ويدل عليه إطلاق «الجامع الصغير»، وأخذه المصنف؛ حيث قال: وإن في غير جانبه.

وعن أبي حنيفة: إذا وقع جانب الدار التي [٦١٨/ب] يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر.

والأكثر: على الأول.

وَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ الشُّفْعَة فِي مَبِيعِ سَيِّدِهِ، وَبِالْعَكْسِ.
وَصَحَّ تَسْلِيمُ الْأَبِ وَالْوَصِيّ شُفْعَةَ الصَّغِيرِ.
خلافاً لمُحَمَّدٍ فِيمَا بِيعَ بِقِيمَتِه، أَو أَقلَّ.

(**وللعبد المأذون المديون الشفعة في مبيع سيده، وبالعكس**)؛ أي: للسيد الشفعة في مبيع عبده المأذون المديون.

وهذا: لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين محيط؛ لأنه يفيد ملك اليد للعبد؛ لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون، أو لكون العبد أحق به، وقد تقدم من قبل أيضاً.

(**وصح تسليم الأب والوصي شفعة الصغير**).

وأما تسليم الوكيل شفعة الكبير.. فقد تقدم ذكره في أول الفصل.

ثم هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)، وزفر معه (**فيما بيع بقيمته أو أقل**) قال: لا يصح تسليمها.

وللصغير طلب الشفعة إذا بلغ؛ كما أن للموكل طلب الشفعة إذا بلغ حتى تسليم وكيله الشفعة.

وله: أن تسليمهما الشفعة: إبطال لحق الصغير؛ كالعفو عن قوده وإعتاق عبده وإبراء غريمه.. فلا يجوز؛ لأن تصرفهما في حقه نظري، ولا نظر في هذا، بل النظر في بقاء الشفعة.

ولهما: أن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عينها.

ألا ترى: أنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها: ترك التجارة، فيملكه كما يملك [ترك][1] التجارة برد البيع عندما يقال للأب والوصي: بعتك هذا لابنكِ الصغير.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٥/٢٦٣).

وَقَولُهُ رِوَايَةٌ عَنِ الإِمَامِ فِي الْأَقَلِّ الَّذِي لَا يُتَغَابَنُ فِيهِ.

ولأنه إذا أخذه بالشفعة، ثم باعه من ذلك الرجل بعينه.. جاز، فكذلك إذا سلمه إليه، بل أولى؛ لأنه إذا أخذه، ثم باعه منه.. كانت العهدة على الصبي، وفي الأول: على البائع أو على المشتري، ولأن هذا تصرف يحتمل الضرر والنفع، فيحتمل على أن يكون الترك أنفع بإبقاء الثمن على ملك الصغير، فيملكه كالآخذ.

بخلاف العفو عن القود وأختيه؛ فإنه ضرر محض غير متردد بين النفع والضرر، فلا يملكه الوصي.

وإذا بيع بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله:

قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأن النظر في التسليم لا في الأخذ.

وقيل: لا يجوز التسليم بالإجماع؛ لأنه لا يملك الأخذ حينئذ، فلا يملك التسليم أيضاً كالأجنبي.

(**وقوله**)؛ أي: قول محمد (**رواية عن الإمام في الأقل الذي لا يتغابن فيه**).

* * *

(كتاب القسمة)

(كتابُ الْقِسْمَةِ)

هِيَ جَمعُ نصيبٍ شائعٍ فِي مُعَيَّنٍ وتشتملُ على: الْإِفْرَازِ، والمبادَلةِ.

والإفرازُ أَغلبُ فِي الْمِثْلِيَّاتِ، فَيَأْخُذُ الشَّرِيكُ حَظَّهُ مِنْهَا حَالَ غيبَةِ صَاحِبِهِ.

(كِتَابُ القِسْمَةِ)

(**هي جمع نصيب شائع في**) محل (**معين**).

وسببها: طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص.

وركنها: ما يحصل به الإفراز والتميز بين النصيبين؛ كالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والذرع في المذروعات، والعدد في المعدودات [٦١٩/أ].

وشرطها: أن لا يفوت منفعته بالقسمة، ولهذا.. لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما؛ لفوات منفعتهما بالقسمة والإفراز.

(**وتشتمل**)؛ أي: القسمة مطلقاً؛ سواء كان في المثليات أو في القيميات.

(**على: الإفراز**)، وهو: أخذ عين حقه.

(**والمبادلة**)، وهو: أخذ عوض حقه.

وهذا: لأنّ ما أفرز لأحدهما.. كان بعضه له وبعضه لصاحبه، فهو يأخذ عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه.

(**والإفراز أغلب في المثليات**) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة؛ لعدم التفاوت فيها، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه.. مثل ما ترك على صاحبه بيقين، فأخذ مثل الحق بيقين: بمنزلة العارية، فكان الإفراز؛ أي: أخذ عين حقه: أظهر وأغلب فيها.

(**فيأخذ الشريك**)؛ أي: أحد الشريكين (**حظه منها**)؛ أي: من المثليات (**حال غيبة صاحبه**)؛ لما ذكرناه: من أن نصيب كل واحد منهما بمنزلة العارية عند الآخر في

وَلَوِ اشترياهُ فاقتسماهُ.. فَلِكُلٍّ أَن يَبِيعَ حِصَّتَهُ مُرَابحَةً بِحِصَّةِ ثمنِهِ.

والمبادلةُ أَغلَبُ فِي غَيرِهَا، فَلَا يَأْخُذُهُ وَلَا يَبِيعُ مُرَابحَةً بعدَ الشِّرَاءِ وَالْقِسْمَةِ.

وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِيهِ بِطَلَبِ الشَّرِيكِ فِي مُتَّحِدِ الْجِنْسِ، ....

المثليات، ولو كانت مبادلة.. لم يأخذ أحدهما نصيبه عند غيبة الآخر، بل لا بد من رضاه، فعلم: أن الإفراز فيها أغلب.

(**ولو اشترياه**)؛ أي: المثلي، (**فاقتسماه.. فلكل**) من الشريكين (**أن يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه**)، ولو كان مبادلة.. لما جاز ذلك.

(**والمبادلة: أغلب في غيرها**)؛ أي: في غير المثليات؛ كالحيوان والعقار والنبات من القيميات؛ لأنها متفاوتة.. فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه؛ لعدم المعادلة بينهما بيقين، حتى يجعل معنى الإفراز أغلب، فيجعل كأنه أخذ عوض حقه وهو معنى المبادلة.

فإذا كان معنى المبادلة فيها أغلب.. (**فلا يأخذه**)؛ أي: لا يأخذ أحد الشريكين حظه فيها حال غيبة صاحبه، (**ولا يبيع**) حصته (**مرابحة بعد الشراء والقسمة**).

فإن قيل: لو كان معنى المبادلة أغلب في الحيوانات والعروض.. لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك، مع أنه يجبر.

أجاب عنه بقوله: (**ويجبر**) القاضي من أبى عن القسمة (**عليها**)؛ أي: على القسمة (**فيه**)؛ أي: في غير المثلي من القيميات، وفي المثلي بطريق الأولى.

(**بطلب الشريك في متحد الجنس**) كالإبل والبقر والفرس؛ لأن في قسمة متحد الجنس: معنى الإفراز؛ لتقارب المقاصد فيه، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة؛ لأنها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين؛ فإن المديون يجبر على القضاء، والديون تقضى بأمثالها.

لَا فِي غَيرِهِ.

فصار ما يؤدي: بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وهو جائز.. فلأَنْ يجوز بلا قصد إليه: أولى.

وهذا لأن أحد الشريكين بطلب القسمة [٦١٩/ب] يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إجابته، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره.

(لا في غيره)؛ كالإبل مع البقر أو مع الفرس؛ فإن القاضي لا يجبر الآبي عن القسمة عليها في مختلف الجنس؛ لأن التفاوت فاحش والمقاصد مختلفة.. فليس فيها معنى الإفراز، ولو تراضوا على القسمة.. جاز ذلك برضاهم هذا.

قال في قسمة «قاضي خان»: إذا كان المكيل أو الموزون بين حاضر وغائب، أو صغير وبالغ، وأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه فهلك الباقي، إن هلك قبل أن يصل ذلك إليهما.. لا يكن الهلاك على الصغير والغائب وهو كالصبرة إذا كانت مشتركة بين الدهقان والمزارع، فقال الدهقان للمزارع: اقسمها وافرز نصيبي، فقسم المزارع، والدهقان غائب، فحمل نصيب الدهقان إلى الدهقان، فلما رجع وإذا قد هلك ما أفرز لنفسه.. كان الهلاك عليهما.

وإن قسم الصبرة وأفرز نصيب الدهقان، وحمل نصيب نفسه إلى بيته أولاً، فلما رجع إذا قد هلك ما أفرزه للدهقان.. كان الهلاك على الدهقان خاصة. كذا قال بعض المشايخ. انتهى.

فعلم منه: أن قسمة أحد الشريكين وأخذ حظه في المثليات حال غيبة صاحبه.. إنما يصح وينفذ إذا وصل وسلم نصيب الغائب إليه، وإلا.. فلا؛ كما في القيميات.

حتى لو هلك قبل أن يصل نصيب الغائب إليه.. كان الهلاك عليهما لا على الغائب، وبه صرح في «العمادية»؛ حيث قال: إذا أخذ الحاضر نصيبه من المكيل أو

وَنُدِبَ لِلْقَاضِي نصبُ قَاسِمٍ رِزقُهُ مِن بَيتِ المَالِ؛ ليقسمَ بِلَا أَجرٍ.
فَإِن لَم يَفعَلْ.. نصَّبَ قاسماً يَقْسِمُ بِأَجْرٍ ....

الموزون حال غيبة صاحبه .. فإنما ينفذ قسمته من غير شريك إن سلم نصيب الغائب إليه، حتى لو هلك ما بقي قبل أن يصل إلى الغائب.. كان الهلاك عليهما.

(**وندب للقاضي نصب قاسم، رزقه من بيت المال**)؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث يتم به قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاة والمفتين والمقاتلة، فيكون كفايته من بيت المال؛ لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء.

(**ليقسم بلا أجر**)؛ لما ذكرناه.

(**فإن لم يفعل**) القاضي ذلك؛ أي: إن لم يجعل رزقه من بيت المال (.. **نصب**) القاضي (**قاسماً يقسم بأجر**) على المقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، فيأخذ منهم.

قال في «مشتمل الأحكام»: اختلف المتأخرون في قدر الأجر:

قال ابن سماعة: هو ربع العشر كالزكاة؛ لأنه عمل للعامة، فأشبه الزكاة.

وسئل أبو نصر: أنه هل يقدّر؟ فأجاب: يقدر بربع العشر [٦٢٠/أ].

قال أبو يوسف في «الأمالي»: هو ربع العشر، واتفق المتأخرون عليه، وعليه الفتوى. كذا في «فتاوى الأنقروي».

وقال فيها أيضاً: قال بعضهم: الأجرة غير مقدرة.

وقال بعضهم: مقدرة في كل مائة: خمسة دراهم.

قال أبو جعفر الكبير: تقدير الأجرة أحسن في زماننا، وبه نأخذ؛ لأن في ربع العشر نظراً للطرفين.

فإن قيل: القسمة قضاء، والقضاء لا يجوز أخذ الأجرة عليه.

يُقَدِّرُهُ لَهُ القَاضِي.

وَهُوَ على عددِ الرُّؤوسِ.

وَعِنْدَهُمَا: على قدرِ السِّهَامِ.

قلنا: لا نسلم: أن القسمة قضاء حقيقة، كيف وأنها لا تفترض على القاضي، والقضاء فرض عليه؟! وإنما الفرض على القاضي جبر الآبي عن القسمة عليها.

وأنها تشبه القضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء؛ فإن الأجنبي لا يقدر على الجبر:

فمن حيث أنها ليست بقضاء.. جاز أخذ الأجرة عليها.

ومن حيث إنها تشبه القضاء.. يستحب أن لا يأخذ، بل يأخذ كفايته من بيت المال.

ولهذا إذا قسم القاضي بنفسه.. جاز له أخذ الأجرة على القسمة؛ لعدم كونها قضاء؛ كما جاز له أخذ الأجرة على كتب الحجج والصكوك والسجلات.

(**يقدره**)؛ أي: الأجر (**له**) أي: للقاسم (**القاضي**)؛ كي لا يأخذ الزيادة من أجر مثله.

(**وهو**)؛ أي: الأجر: (**على عدد الرؤوس**)، فلا يتفاوت بتفاوت الأنصباء هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: على قدر السهام**)، فيتفاوت بتفاوت الأنصباء نصفاً وربعاً وسدساً وثمناً إلى غير ذلك.

فعلى صاحب النصف: النصف، والربع: الربع، والسدس: السدس؛ لأن الأجرة مؤونة الملك، فتجب على مقدار الملك؛ لأن المؤونة تبع له، وصار كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك.

ولأبي حنيفة: أن الأجر وجب في مقابلة تمييز الحقوق بعضها عن بعض، وهذا عمل لا تتفاوت فيه الأنصباء؛ فإن تمييز الأقل منها من الأكثر: مثل تمييز الأكثر من

وَأُجْرَةُ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ على قدرِ السِّهَامِ إجماعاً إِن لم يَكُن للْقِسْمَةِ.

وَإِن لَهَا.. فعَلى الْخلافِ.

وَيجبُ كَونُهُ: عَدلاً، أَميناً، عَالماً بِالْقِسْمَةِ.

وَلَا يُجْبَرُ النَّاسُ على قَاسمٍ وَاحِدٍ.

الأقل، فيكون على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصباء.

وأجرة الكيال والوزان إن لم يكن الكيل والوزن للقسمة في مقابلة العمل لا في مقابلة القسمة.. فلا يكون مقيساً عليه، وإن كان للقسمة.. فعلى هذا الخلاف.

وأجرة حفر البئر لنقل التراب ونفقة العبد المشترك؛ لبقاء الملك.. فلا يكون مقيساً عليه.

(**وأجرة الكيل والوزن على قدر السهام إجماعاً إن لم يكن للقسمة**)، بل اشتريا مكيلاً أو موزوناً وأمرا رجلاً بكيله ليصير الكل معلوم القدر، فأجرة الكيل بقدر الأنصباء؛ لأن الكيل والوزن إذا لم يكن للقسمة.. تكون الأجرة بقدر العمل لا للقسمة، وعمله لصاحب الكثير أكثر، فكان أصعب، فيستحق زيادة الأجر.

بخلاف [٦٢٠/ب] القسمة؛ فإن الأجرة فيها لمحض القسمة وتمييز الحقوق كما عرفت، فالقليل والكثير فيها سواء.

(**وإنْ لها**)؛ أي: إن كان الكيل والوزن للقسمة (.. **فعلى الخلاف**) المذكور في أجرة القسام لما ذكر.

(**ويجب كونه**)؛ أي: القاسم (**عدلاً أميناً عالماً بالقسمة**) حَذِراً عن الجور والخيانة.

(**ولا يجبر**) القاضي (**الناس على قاسم واحد**)؛ لأنه لو عين قاسماً واحداً.. لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولأن القسمة نسبة القضاء فيجوز بالتراضي كالحكم في القضاء، إلا إذا كان فيهم صغير.. فإنه حينئذ لا يجوز بالتراضي؛ لأن تصرف

وَلَا يُتْرَكُ القُسَّامُ ليشتَرِكُوا.

وَصَحَّ الاقتسامُ بِأَنْفسِهِم بِلَا أَمرِ القَاضِي.

وَيُقسَمُ على الصَّبِيّ وليُّهُ أَو وَصِيُّهُ.

فَإن لم يكن.. فَلَا بُدَّ مِن أَمرِ القَاضِي.

الصغير لا ينفذ، ولا ولاية لهم عليه، فلا بد من القاسم من طرف القاضي، فينصب له وصياً فيقسم.

(ولا يترك) القاضي (القُسَّام) ـ بضم القاف وتشديد السين ـ: جمع قاسم (ليشتركوا)؛ أي: يمنعهم القاضي من أن يشتركوا مع الناس كي لا يتضرر الناس؛ لأن الأجرة تصير بذلك غالية؛ لأنهم إذا اشتركوا.. يتواكلون، وعند عدم الشركة: يتبادرون إليها خشية الفوت فيرخص الأجر بسبب ذلك.

(وصح الاقتسام)؛ أي: اقتسام التركة (بأنفسهم) أي: بتراضيهم؛ لأن في القسمة معنى المبادلة كما تقدم، وأنها تشبه القضاء، فيجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم.

(بلا أمر القاضي)؛ لأن الحاجة إلى أمر القاضي: لدفع المنازعة، ولا منازعة ثمة لتراضيهم.

(ويقسم على الصبي وليه)؛ أي: الأب والجد أب الأب، لكن ولاية الجد على الصغير عند عدم الأب أو وصيه، لا عند وجود أحدهما، ولا ولاية للأم والأخ والأخت والعم على الصغير. كذا في «قاضي خان».

(أو وصيه)؛ يعني: تقسيم الشركاء بأنفسهم بلا حاجة إلى أمر القاضي إن لم يكن بينهم صغير، وإن كان فيهم صغير.. يقسم على الصغير وليه أو وصيه بلا حاجة إلى أمر القاضي أيضاً.

(فإن لم يكن) للصغير ولي، ولا وصي (.. فلا بد من أمر القاضي)؛ لأن تصرف الصغير غير نافذ، ولا ولاية لهم عليه، فلا بد من الولي أو الوصي أو رأي القاضي.

وقسمتهم بدون واحد من الولي أو الوصي أو أمر القاضي:

قال في «قاضي خان»: إذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم بغير أمر القاضي، وفي الورثة صغير أو غائب أو شريك للميت.. لا تصح القسمة إلا بإجازة الغائب، أو ولي الصغير، أو بإجازة الصبي بعد البلوغ، أو بإجازة القاضي قبل البلوغ.

فإن مات الغائب أو الصبي قبل الإجازة، فأجازت ورثته.. نفذت القسمة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا تنفذ في قول محمد. كذا ذكره عصام.

وذكر الخصاف: إذا كان في الورثة صغير أو غائب ولم يكن في يد الغائب ولا في يد أم الصغير شيء [٦٢١/أ] من التركة، بل كان الكل في يد الحضور الكبار، فطلبوا القسمة من القاضي.. فإن القاضي يجعل للصغير وصياً يقوم بالقسمة، ويقبض حقه، ويجعل للغائب وكيلاً، أو يأمرهم بالقسمة.

وإن كان في يد الغائب شيء من التركة.. لا يقسم حتى يحضر الغائب أو يقوم البينة على أن ذلك ميراث بينهم، وعلى عدد الورثة.. فحينئذٍ يقسم.

وذكر في «الجامع»: أنه لا يقسم وإن قامت البينة على ذلك ما لم يحضر الغائب.

ولو كان شيء من التركة في يد أم الصغير.. فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان شيء من التركة في يد الغائب، وثمة لا يقسم. انتهى.

واعلم: أن وصي الأب والوصي المنصوب من جهة القاضي: يملك قسمة كل شيء على الصغير إذا لم يكن فيها غبن فاحش؛ سواء كان من تركة الأب أو لا، عقاراً أو منقولاً.

وأما وصي الأم.. فليس له ولاية القسمة على الصغير في غير ما تركته الأم.

وكذا يجوز قسمة وصي الأب على الكبير الغائب فيما سوى العقار؛ لأنه قائم مقام الأب فيما يرجع إلى الحفظ على الكبير. كذا في «قاضي خان».

وَلَا يُقسَمُ عقارٌ بَينَ الْوَرَثَةِ بإِقرارِهم مَا لم يُبَرهِنوا على الْمَوْتِ وَعددِ الْوَرَثَةِ.

وَعِنْدَهُمَا: يُقسَمُ.

وَغيرُ الْعقارِ يُقسمُ إِجماعاً.

وَكَذَا: الْعقارُ المُشْتَرَى وَالْمَذْكُورُ مُطلَقٌ ملكَهُ.

(**ولا يقسم عقار بين الورثة بإقرارهم**)؛ يعني: إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم عقار، وادعوا أنهم ورثوها عن فلان.. لم يقسمها القاضي بينهم بإقرارهم.

(**ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يقسم**) بإقرارهم، لكن القاضي يذكر في كتاب القسمة: أنه قسمه بإقرارهم؛ لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم؛ لأن الإقرار حجة قاصرة.

(**وغير العقار: يقسم إجماعاً، وكذا العقار المشترى والمذكور مطلقٌ ملكه**)؛ أي: ادعوا الملك المطلق، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم من الإرث أو الشراء أو غيرهما.

توضيح هذه المسألة: أن الشركاء إذا حضروا عند القاضي، وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته:

فإما أن يكون عقاراً، أو غيره.

فإن كان عقاراً:

فإما أن ادعوا أنهم ورثوه، أو اشتروه، أو ادعوه وسكتوا عن كيفية الانتقال إليهم، وهو المراد بقوله: «والمذكور مطلق كله».

فإن كان الأول.. لم يقسم القاضي حتى يقيم البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة، وقالا: يقسمه بإقرارهم.

وإن كان الثاني.. يقسمه بينهم بالاتفاق.

وإن كان الثالث.. قسمه بينهم على ما يذكره.

وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث.. قسمه في قولهم جميعاً.

لهما: أن الامتناع عن القسمة؛ إما أن يكون شبهة في الملك، أو تهمة في دعواه، أو لمنازعة للمدعي [٦٢١/ب] في دعواه، ولا شيء من ذلك يتحقق ههنا؛ لأن اليد دليل الملك، والإقرار من أمارة الصدق، والفرض عدم المنازعة، فيقسمه بينهم لوجود المقتضي وارتفاع المانع؛ كما في المنقول الموروث والعقار المشترى.

وطلب البينة ليس بلازم؛ لأنها لا تكون إلا على منكر، ولا منكر ههنا، فلا تفيد، إلا أن القاضي يذكر في صك القسمة باعترافهم؛ لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم.

ولأبي حنيفة: أن القسمة قضاء على الميت؛ إذ التركة قبل القسمة: مبقاة على ملكه، حتى لو حدثت الزيادة.. تنفذ وصاياه فيها وتقضي ديونه منها.

بخلاف ما بعد القسمة.. فإن الزيادة للموصى له، ولهذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة.. تنفذ وصيته فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بها.

فإذا كانت القسمة قضاء على الميت.. فلا بد له من حجة، وهي: إما بإقرار الورثة أو بيّنتهم، وإقرارُهم ليس بحجة على الميت.. فلا بد من البينة.

وقولهما: «فلا تفيد».

قلنا: ممنوع؛ لأن بعض الورثة ينتصب خصماً؛ بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه فتفيد.

فإن قيل: كل واحد منهما مقر بدعوى صاحبه، والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه.

قلنا: لا منافاة بين كونه مقراً وكونه خصماً؛ لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً؛ كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين؛ فإنه إنما يقضي عليهما بالبينة بدون

وَإِن برهَنا أَنَّ الْعقارَ فِي أَيْدِيهِمَا.. لَا يُقسَمُ حَتَّى يُبرهِنا أَنَّهُ لَهما.

الميت وإن كان مقرين بها.

وإنما يقسم المنقول الموروث بإقرارهم؛ لأن في قسمته نظراً؛ للحاجة إلى الحفظ.

أما العقار.. فمحفوظ بنفسه، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده، ولا كذلك العقار عند أبي حنيفة، وعلى التقدير: لا يصلح مقيساً عليه.

وكذا العقار المشترى لا يصلح مقيساً عليه؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير.

وإن ادعوا الملك وسكتوا عن كيفية الانتقال إليهم.. قسمه بينهم من غير إقامة البينة؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم. كذا قالوا.

وقال صاحب «الهداية»: هذه رواية كتاب القسمة، وفي رواية «الجامع الصغير»: لم يقسم بدون إقامة البينة؛ حيث قال فيه: أرض ادعاها رجلان، وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة.. لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما.

ثم قيل: هذا قول أبي حنيفة خاصة.

وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن القسمة نوعان:

قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق اليد [٦٢٢/أ] لأجل الحفظ والصيانة.

والثاني في العقار: غير محتاج إليه.. فتعين قسمة الملك، وقسمته تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز.

(وإن برهنا)؛ أي: حضر رجلان عند القاضي وادعيا العقار وبرهنا على (أن العقار في أيديهما)، وطلبا القسمة (.. لا يقسم) القاضي (حتى يبرهنا أنه) ـ أي: العقار ـ (لهما)؛ لاحتمال أن يكون هو لغيرهما.

وَلَو بَرهَنوا على الْمَوْتِ وَعددِ الْوَرَثَةِ وَالْعَقارُ فِي أَيْدِيهم، وَمَعَهُمْ وَارِثٌ غَائِبٌ، أَو صبيٌّ.. قُسِمَ، وَنَصِبَ وَكيلٌ أَو وَصِيٌّ لقبضِ حِصَّةِ الْغَائِبِ، أَوِ الصَّبِيّ.

وَلَو كَانَ الْعقارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ، أَو شَيْءٌ مِنْهُ، أَو فِي يَدِ مودَعِهِ، أَو فِي يَدِ الصَّغِيرِ.. لَا يُقسَمُ.

ولا يخفى: أن هذه المسألة وقعت تكراراً؛ لأن المراد بقوله السابق: «والمذكور مطلق ملكه»: أن يدّعوا الملك فيما في أيديهم من العقار، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم على ما بيناه، وهو المراد بما ذكره ههنا أيضاً، ولم يشترط فيما سبق إقامة البينة على أنه ملكهم، وقد شرط ههنا.. فلا بد من الحمل على الروايتين:

ففي رواية القدوري ـ وهو المشهور ـ: أنها لم تشترط كما ذكره أوّلاً.

وفي رواية «الجامع الصغير»: أنها تشترط كما ذكره ثانياً، وهو الأصح على ما ذكرناه، لكن عبارته آب عن هذا.

(**ولو برهنوا على الموت**) ـ أي: موت المورث، والمراد بالجمع: ما فوق الواحد ـ (**وعدد الورثة، والعقار في أيديهم، ومعهم وارث غائب أو صبي.. قسم**)؛ أي: قسمه القاضي بطلبهم (**ونصب**)؛ أي: نصب القاضي (**وكيل**) للغائب (**أو وصي**) للصبي (**لقبض حصة الغائب أو الصبي**)؛ لأن في ذلك نظراً للغائب والصبي.

ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة أيضاً عند أبي حنيفة، بل أولى؛ لأن في هذه القسمة: قضاء على الغائب والصغير بقولهما.

وعندهما: يقسم بينهم بإقرارهم بلا حاجة إلى إقامة البينة، ويعزل نصيب الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرارهم.

هذا إذا لم يكن للصبي وصي الأب، وإلا.. فلا حاجة إلى وصي القاضي.

(**ولو كان العقار في يد الغائب أو شيء منه**)؛ أي: من العقار (**أو في يد مودعه، أو في يد الصغير.. لا يقسم**) حتى يحضر الغائب أو يقوم البينة على أن ذلك ميراث لهم.

وَكَذَا: لَو حضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ، ....

وفي رواية «الجامع»: لا يقسم حتى يحضر الغائب وإن قامت البينة على ذلك، كذا في «قاضي خان» وقد ذكرناه من قبل.

(**وكذا**)؛ أي: لا يقسم القاضي (**لو حضر وارث واحد**) وادعى القسمة وباقي الورثة غائب؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون مخاصِماً ومخاصَماً عليه ومقاسِماً ومقاسَماً.. فلا بد من حضور شخصين؛ لأنه إن كان خصماً عن نفسه.. فليس أحد يخاصمه عن نفسه فيقيم البينة عليه، فتعذر الحكم.

بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين كما في المسألة الأولى.

وعن أبي يوسف: أن القاضي ينصب عن الغائب ويسمع البينة [٦٢٢/ب] ويقسم الدار.

وجه الظاهر: أن التركة قبل القسمة وإن كانت مبقاة على حكم ملك الميت، لكنها صارت ملكاً للورثة من وجه؛ حتى لو أعتق و احد منهم عبداً من التركة قبل القسمة.. نفذ عتقه في نصيبه، فكان كل واحد منهم طالباً للارتفاق في نصيبه، فتكون القسمة على هذا التقدير: قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه.. فلا تجوز.

ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه دعوى على الميت.. فلا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغيب، فلا يجوز له نصب الوصي بالشك.

بخلاف ما إذا ادعى أجنبي على الميت ديناً.. حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت؛ لأنه دعوى على الميت من كل وجه.

وللقاضي: أن ينصب الوصي عن الميت لا عن الحي.

فإذا تعذر نصب الوصي.. فالواحد الحاضر لا يصلح خصماً عن الميت وعن سائر الشركاء، وأن يكون مدعياً ومدعى عليه، فتعذر قبول البينة؛ لأنها لا تقبل من غير خصم.

أَوِ كَانُوا مشتَرِينَ، وَغابَ أَحدُهمَ.

وَإِذا انْتفع كُلٌّ مِنَ الشُّرَكَاءِ بِنَصِيبِهِ بعدَ الْقِسْمَةِ.. قُسِمَ بِطَلَبِ أَحدِهم.

وَإِن تضرَّرَ الْكُلُّ.. لَا يُقسَمُ إِلَّا برِضَاهم.

(أو كانوا)؛ أي: الشركاء (مشترين وغاب أحدهم)؛ أي: لا يقسم المال مع غيبة أحدهم؛ فإن الملك الثابت بالشراء: ملك جديد بسبب باشره، ولهذا.. لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب.. فلا يقسم وإن أقام بينة على الشراء.

بخلاف ما لو أقاموا بينة على الموت وعدد الورثة وغاب أحدهم.. فإنه يقسم وينصب وكيل لحصة الغائب على ما تقدم.

والفرق بينهما: أن الملك الثابت بالإرث: ملكُ خلافة؛ حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث، ويرد عليه فيما باعه هو، ويصير مغروراً بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، وصح القضاء؛ لقيام البينة على خصم حاضر.

وفي الشراء: قامت على خصم غائب.. فلا تقبل، ولا يقضى عليه؛ فإن الملك الثابت به: ملك جديد، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب كما ذكرناه.

(وإذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة) كما إذا كان المقسوم بيتين كبيرين متساويين (.. قسم بطلب أحدهم)؛ لأن في القسمة تكميل المنفعة لانتفاع كل واحد منهم بنصيبه بعد القسمة، فكانت القسمة حقاً لهم، فوجب على القاضي إجابتهم.

(وإن تضرر الكل.. لا يقسم إلا برضاهم)؛ كما في البئر والرحى والحمام والحائط؛ فإن الكل يتضرر بالقسمة فيها؛ لتفويت المنفعة، فالطالب للقسمة فيها متعنت.. فلا يجيبه القاضي.

ويجوز برضاهم؛ لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم.

وَإِنِ انْتفعَ الْبَعْضُ دونَ الْبعضِ.. قُسِمَ بِطَلَبِ ذِي النَّفْعِ، لَا بِطَلَبِ الآخَرِ هُوَ الْأَصَحُّ.

وَيَقسِمُ الْعَرُوضَ مِن جِنسٍ وَاحِدٍ.

(وإن انتفع [٦٢٣/أ] البعض) لكثرة نصيبه (دون البعض) لقلة نصيبه (.. قسم بطلب ذي النفع)؛ لأنه يطلب من القاضي حقه، فيعتبر طلبه، فيجيبه القاضي لئلا يفوت حقه، ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك صاحبه بعدم القسمة.. فلا يعتبر تضرره.

(لا بطلب الآخر)؛ لأنه متعنت في طلبه القسمة مع عدم انتفاعه بها، بل يتضرر بها، والقسمة وضعت للانتفاع، والقاضي نصب ناظراً، فلا يشتغل بما لا يفيد فائدة، بل يَتَضَرَّر به.

(هو الأصح)، احترز به عما نقل عن الحاكم: «أن أيهما طلب القسمة.. يقسم القاضي»؛ لأنه إن طلب صاحب الحظ القليل القسمة.. فقد رضي بضرر نفسه، وإن طلب صاحب الحظ الكثير.. فقد طلب أن ينتفع بنصيبه، فيجيب القاضي كل واحد منهما.

وعن ابن أبي ليلى: لا يقسم القاضي بطلب البعض مطلقاً، إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه؛ لأن المقصود بالقسمة: تكميل المنفعة وتحصيلها، لا تفويتها، والمعتبر فيها: المعادلة بينهم في المنفعة.

قيل: يقسم بطلب غير المنتفع؛ لأنه يقصد الإضرار على نفسه، لا بطلب المنتفع؛ لأنه يقصد الإضرار على الغير.. فلا يجيبه القاضي.

والأصح: ما ذكره المصنف.

(ويقسم) القاضي (العروض) إن كانت (من جنس واحد) كالثياب مثلاً أو الإبل مثلاً؛ لأن عند اتحاده: يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة، فيجبر القاضي على القسمة عند الطلب.

وَلَا يَقسِمُ الجنسَينِ بعضَهُما فِي بعضٍ، وَلَا الْجَوَاهِرَ، وَلَا الْحَمَّامَ، وَلَا الْبِئْرَ، وَلَا الرَّحَى، وَلَا الثَّوْبَ الْوَاحِدَ، ....

(**ولا يقسم الجنسين**) المختلفين الذين كان (**بعضهما في بعض**)؛ لأنه اختلاط بين الجنسين.. فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها: التراضي دون جبر القاضي.

يعني: أن الجنسين المختلفين لا يقسمان قسمة جمع؛ بأن يجمع حصة أحد منهم في جنس واحد وحصة الآخر؛ في الجنس الآخر؛ لفحش التفاوت بين الجنسين، بل يقسمان قسمة فرد؛ بأن يقسم كل جنس بانفراده، فلو كان المقسوم إبلاً وغنماً مثلاً.. لم يجمع نصيب أحد من الشركاء في الإبل خاصة ونصيب الآخر منهم في الغنم خاصة، بل يقسم الإبل بينهم على حصصهم، ثم الغنم كذلك.

وكذا كل مكيل وموزون.

والعددي المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس: يقسم بانفرادها.

(**ولا الجواهر**)؛ أي: لا تقسم الجواهر.

قال في «الهداية»: وأما الجواهر؛ فقد قيل: إذا اختلف الجنس.. لا تقسم كاللآلئ واليواقيت.

وقيل: لا تقسم الكبار منها؛ لكثرة التفاوت، وتقسم الصغار؛ لقلة التفاوت.

وقيل: يجري الجواب على إطلاقه؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق، **ألا ترى**: أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة [٦٢٣/ب] أو خالع عليها.. لا تصح التسمية.

ويصح ذلك على عبد؛ فإذا فحشت الجهالة فيها من الرقيق.. فلا يجبر على القسمة فيها كما لا يجبر في الرقيق، بل أولى منه، فالمصنف أجرى الجواب على إطلاقه.

(**ولا الحمام، ولا البئر، ولا الرحى، ولا الثوب الواحد**)؛ لأن القسمة فيها

وَلَا الْحَائِطَ بَينَ دارَينِ.. إِلّا بِرِضَاهم.

وَكَذَا: الرَّقِيقُ خلافاً لَهما.

تشتمل الضرر على الكل؛ إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً منه، فلا يجبر القاضي على القسمة.

قال في «الهداية»: ولا يقسم ثوباً واحداً؛ لاشتمال القسمة على الضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع، ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا.

بخلاف ثلاثة أثواب إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين، فأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر.. يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوباً والآخر ثوبين.

وكذا: إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوباً وربع ثوب، والآخر ثوباً وثلاثة أرباع ثوب... فإنّ القاضي يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركاً بينهما على ذلك الوجه؛ لأنه قسمة البعض وذلك جائز؛ لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل.. قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. كذا في «العناية».

(**ولا الحائط بين دارين**)؛ لأن يتضرر الطرفين بالقسمة؛ لعدم بقاء نصيب كل منهما منتفعاً به، فلا يقسم (**إلا برضاهم**) في كل من الأشياء المذكورة؛ لأن الحق لهم، وهم أعرف بحالهم.

(**وكذا**): لا يقسم القاضي (**الرقيق**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**).

قالا: يقسمه القاضي؛ لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم.

ولأبي حنيفة: أن التفاوت فاحش في الآدمي؛ لتفاوت المعاني الباطنة فيه، فصار كالجنس المختلف.

بخلاف الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس.

والدُّورُ فِي مِصْرٍ وَاحِدٍ يُقسَمُ كُلٌّ على حِدَتِهِ.
وَقَالا: إِن كَانَ الْأَصْلَحُ قسْمَةُ بَعْضِهَا فِي بعضٍ.. جَازَ.

ألا ترى: أنْ الذكَر والأنثى من بني آدم: جنسان لاختلاف المقاصد، ومن الحيوانات: جنس واحد.

بخلاف رقيق المغنم؛ لأن حق الغانمين في المالية؛ حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وههنا يتعلق بالعين والمالية.. فافترقا، فلا يلحق أحدهما بالآخر.

(والدور) المشتركة الكائنة (في مصر واحد.. يقسم كل) واحد من تلك الدور (على حدته)؛ أي: على انفراده، ولا يقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي عند أبي حنيفة.

(وقالا: إن كان الأصلح قسمة بعضها في بعض.. جاز).

اعلم: أنه كان لرجلين دور في مصر واحد، فطلبا من القاضي قسمتها.. فإنه يقسم كل دار منهما على حدة ولم يجمع نصيب أحدهما في دار، إلا أن يتراضيا على ذلك عند أبي حنيفة.

وقالا: الرأي في ذلك إلى القاضي؛ فإن رأى أن الأصلح لهما قسمة بعضها في بعض.. قسمها بينهما كذلك.

وعلى هذا الخلاف [٦٢٤/أ]: الأراضي المشتركة المتفرقة.

لهما: أن الدور جنس واحد؛ نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى، والأجناس؛ نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال، فكان الترجيح إلى رأي القاضي؛ لأنه نصب ناظراً، والمقصود من القسمة: تكميل المنفعة ورفع الضرر عن الشركاء؛ فإن رأى القاضي: أن الأصلح قسمة بعضها في بعض؛ أي: مجتمعاً.. جاز ذلك.

وهذا: لأنه إذا قسم كل دار على حدة.. ربما يتضرر كل واحد من الشركاء لتفرق نصيبه، وإذا قسم الكل قسمة واحدة.. يجتمع نصيب كل واحد من الشركاء

وَفِي مِصرَينِ: يُقسَمُ كُلٌّ على حِدَتِهِ اتِّفَاقاً.

وَكَذَا: دَارٌ وضَيعةٌ، أَو دَارٌ وحانوتٌ، ....

من دار واحدة وينتفع بذلك، فيكون ذلك أصلح لهم؛ فإذا مال القاضي إلى ذلك.. يقسم بينهم على هذا الوجه.

ولأبي حنيفة: أن الدور أجناس مختلفة؛ لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب إلى المسجد والحمام والماء والسوق، والبعد عنها.. اختلافاً فاحشاً.

وكذا الأراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك.

والأجناس المختلفة: لا تقسم قسمة واحدة إلا بتراضي الشركاء؛ لأنها لتكميل المنفعة، وذا: إنما يكون عند اتحاد الجنس.

وأما إذا اختلف الجنس.. فقطع حق البعض عن إحدى الدارين لا يكون تكميلاً للمنفعة، بل يكون تفويتاً لها.

بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها؛ لأن قسمة كل بيت على حدة تخل بمنافع البيوت، فيخل بمنافع الدار أيضاً، فلا يحصل معنى القسمة، فيقسم مجتمعاً.

(وفي مصرين)؛ أي: إن كانت الدور المشتركة في مصرين (.. تقسم كل) دار (على حدته اتفاقاً).

وقال في «الاختيار»: وعن محمد: لو كانت إحداهما بالكوفة والأخرى بالبصرة.. قسمت إحداهما في الأخرى ـ أي: مجتمعاً ـ فعلم: أن في هذه المسألة روايتين عن محمد.

(وكذا)؛ أي: قسم على حدة (دار وضيعة، أو دار وحانوت)؛ لاختلاف الجنس على ما ذكره الخصاف.

والبيوتُ فِي محلَّةٍ وَاحِدَةٍ، أَو فِي محلَّاتٍ يجوزُ قسْمَةُ بَعْضِهَا فِي بعضٍ.

والمنازلُ المتلاصِقَةُ: كالبيوتِ، والمتبايِنَةُ: كالدُّورِ.

وقال في «الهداية»: قال في إجارات «الأصل»: إن إجارة منافع الدار بمنافع الحانوت: لا تجوز.

فهذا يدل على: أن الدار والحانوت، وكذا الدار مع الضيعة: جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان.

ولئن جعل منافع الدار ومنافع الحانوت أو الضيعة مختلفة: روايةً واحدةً، لا متحدة بحمل حرمة الربا في إجارات «الأصل» على شبهة المجانسة بينهما.

(**والبيوت في محلة واحدة أو في محلات**) من مصر واحد: (**يجوز قسمة بعضها في بعض**)؛ أي: مجتمعاً؛ لأن التفاوت فيما بين البيوت في محلة أو محلات [٦٢٤/ب] من مصر: يسير.

(**والمنازل المتلاصقة**) بعضها ببعض: (**كالبيوت**)؛ أي: قسمت قسمة واحدة؛ يعني: مجتمعاً.

(**والمتباينة: كالدور**)؛ لأن المنزل فوق البيت دون الدور، فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور، فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه.

فلشبهها بالبيوت.. قلنا: إذا كانت متلاصقة.. تقسم قسمة واحدة كالبيوت؛ لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد.

ولشبهها بالدور.. قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة.. لا تقسم قسمة واحدة.

واعلم: أن ههنا ثلاثة فصول: الدور والبيوت والمنازل.

فالدور: متلاصقة كانت أو متباينة.. لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي.

والبيوت: تقسم مطلقاً؛ لتقاربهما في معنى السكنى.

والمنازل: إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض.. قسمت قسمة واحدة، وإلا.. فلا؛ سواء كانت في محال أو في دار واحدة، بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها؛ لما ذكرناه.

وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه. كذا في «العناية».

* * *

(فَصْلٌ)

وَيَنْبَغِي للقاسِمِ: أَن يُصَوِّرَ مَا يَقسِمُهُ ويُعَدِّلُهُ ويَذرِّعُهُ، وَيُقَوِّمُ بناءَهُ، ويُفرِزُ كلَّ نصيبٍ بطريقِهِ وشُربِهِ.

ويُلَقِّبُ الأَنصباءَ بِالْأَوَّلِ، وَالثَّانِي، وَالثَّالِثِ، وَيكْتُبُ أَسماءَهم ويُقرِعُ.

فَالْأَوَّلُ لِمَن خرجَ اسْمُهُ أَولاً، وَالثَّانِي لمَن خرجَ ثَانِياً، وَالثَّالِثُ لِمَنْ خرجَ ثَالِثاً.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ كَيْفِيَّتِهِ فِيمَا يقْسم

(**وينبغي للقاسم أن يصور**) من التصوير (**ما يقسمه**) على قرطاس يمكنه حفظه، أو ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه إن لم يأمرِ القاسمَ بالقرعة.

وذلك: بأن يكتب على القرطاس: إن فلاناً نصيبه من التركة كذا، وفلاناً كذا ـ أي: النصف أو الثلث أو السدس ـ إلى غير ذلك من مسألتهم.

(**ويعدله**)؛ أي: يسويه على سهام القسمة، ويروى: «يعزله»؛ أي: يقطعه بالقسمة عن غيره.

(**ويذرعه**)؛ إن كان المقسوم من المذروعات؛ لأن قدر المساحة تعرف بالذراع.

(**ويقوم بناءه**)؛ ليعرف قيمة البناء؛ لأنها لا تعرف إلا بالتقويم، ولا بد منه؛ لحاجته إليه لأجل الأجرة.

(**ويفرز كل نصيب**) عن الباقي (**بطريقه وشربه**) إن أمكن ذلك؛ لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وبذلك تتم المنفعة.

وإن لم يمكن.. بطلت القسمة.

(**ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث**)، وهكذا إلى أن تتم السهام، (**ويكتب أسماءهم ويقرع؛ فالأول: لمن خرج اسمه أولاً، والثاني: لمن خرج**) اسمه (**ثانياً، والثالث: لمن خرج ثالثاً**).

وَلَا تدخلُ الدَّرَاهِمُ فِي الْقسمةِ إِلَّا بِرِضاهم.

قال في «الزيلعي»: **وكيفيته:** أن ينظر إلى أقل الأنصباء، فيقدر به أجزاء السهام؛ حتى إذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر: لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس.. يجعل أجزاء السهام أسداساً؛ لأن السدس أقل السهام، فيكون [٦٢٥/أ] لصاحب النصف: ثلاثة أسداس، ولصاحب الثلث: سدسان، ولصاحب السدس: سدس واحد.

ويلقب النصيب من أي جانب شاء بالأول، ثم الذي يليه بالثاني، ثم الذي يليه بالثالث.

ثم يكتب أسامي الشركاء ببطاقات ويطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة، ويجعلها في طين، ثم يخرجها ويدلكها بين كفيه، ثم يجعلها في وعاء أو في كمه، ثم يخرج واحداً؛ فمن خرج اسمه أولاً.. فله السهم الأول، ومن خرج اسمه ثانياً.. فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الآخر.

فإن خرج أولاً في المثال المذكور اسم صاحب النصف.. كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول.

وإن خرج ثانياً.. كان له من الذي يلي الأول.

وإن خرج ثالثاً.. كان له كذلك من الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم.

هذا، **واعلم:** أن القرعة في القسمة ليست بواجبة ، بل لتطييب قلوبهم، حتى لو قسم بلا قرعة.. جاز، ولقب الأنصباء؛ ليتمكن من الإلزام عند خروج قرعة كل واحد منهم؛ فإذا كانت القرعة لتطييب قلوبهم.. فلا قمار فيها على ما زعم.

(**ولا تدخل الدراهم**)، وكذا الدنانير (**في القمسة إلا برضاهم**)؛ أي: لا تدخل في القسمة الدراهم التي ليست في التركة؛ ليجبر بها نقصان بعض الأنصباء، بل يجبر النقصان بشيء من التركة.

صورته: دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد

فَإِن وَقعَ مسيلٌ أَو طَرِيقٌ لأَحَدِهم فِي نصيبِ آخرَ وَلم يُشْتَرَط ....

أحد الشركاء أن يكون عوض الفضل دراهم أو دنانير، وآخر لم يرض بذلك.. لم تدخل الدراهم في القسمة، حتى لا يكلف من وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء دراهم؛ إذ لا شركة بينهم في الدراهم.

لأنها ليست من التركة.. فلا يجوز قسمة ما ليس من التركة.

ولأنه يفوت به التعديل في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار المشتري، ودراهم الآخر كانت في ذمته وقت القسمة، ولعلها لا تسلم له؛ لاحتمال التوى قبل الوصول إليه.

ولأن الجنس المشترك لا يقسم كما تقدم، فما ظنك عند عدم اشتراكها؟!

فلا تدخل في القسمة إلا عند رضاهم؛ لأن أصحاب الحقوق أعرف بحالهم، ولا مزاحم لهم عند الرضاء ولا عند الضرورة.

ولهذا.. ذهب أبو يوسف فيما إذا كان المقسوم أرضاً وبناء: إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن المعادلة إلا بالتقويم؛ لأن البناء لا يمسح، فلا يمكن تعديله بالمساحة، بل بالتقويم.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن الأرض تقسم بالمساحة؛ لأنها [٦٢٥/ب] الأصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة؛ كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك قسمة الصداق ضرورة التزويج.

وذهب محمد: إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة؛ فإن لم تف العرصة بقيمة البناء.. فحينئذٍ يرد الفضل دراهم؛ لأن الضرورة تحققت في هذا المقدار، فلا يترك الأصل إلا لها.

قيل: وهذا يوافق رواية «الأصل».

(فإن وقع مسيل) الماء (أو طريق لأحدهم في نصيب) شريك (آخر، ولم يشترط

فِي الْقِسْمَةِ.. صُرِفَ عَنهُ إن أَمكَنَ.

وإلّا.. فُسِخَت.

وَيَقسِمُ سَهْمَيْنِ مِنَ الْعُلُوّ بِسَهْمٍ مِنَ السّفل.

في القسمة.. صرف عنه إن أمكن الصرف، (**وإلا.. فسخت**)؛ يعني: إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين، ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق.. فلا يخلو:

إما أن يمكن صرف ذلك عنه، أو لا.

فإن أمكن صرفه، ولا يسيل ولا يستطرق في نصيب الآخر؛ سواء كان ذلك مشروطاً في القسمة أو لم يكن مشروطاً؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة وهو الإفراز والتمييز من غير ضرر للآخر.. فلا يصار إليها مع ارتكاب الضرر.

وإن لم يمكن:

فإما أن اشترط ذلك في القسمة، أو لا.

فإن كان الثاني.. فسخت القسمة؛ لأنها مخلة؛ لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط، فيستأنف.

بخلاف البيع؛ فإنه إذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق.. فإنه لا يفسد؛ لأن المقصود من البيع: تملك العين، وإنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال؛ كما لو اشترى جحشاً صغيراً.

وأما القسمة؛ فإنها لتكميل المنفعة، ولا يتم ذلك إلا بالطريق والمسيل.

وإن كان الأول: يدخل فيها؛ لأن القسمة لتكميل المنفعة، وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل، وفيها معنى الإفراز أيضاً، وذلك باعتبار انقطاع تعلق حق أحدهما بالآخر، فباعتباره: لا يدخل من غير تنصيص، فقلنا: يدخل عند التنصيص، ولا يدخل عند عدمه؛ عملاً بالدليلين.

(**ويقسم**) القاضي (**سهمين من العلو بسهم من السفل**)؛ أي: بمقابلة سهم منه. عند أبي حنيفة.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: سَهْماً بِسَهْمٍ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُقسَمُ بِالْقِيمَةِ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى.

(وعند أبي يوسف: يقسم سهماً) من العلو **(بسهم)**؛ أي: بمقابلة سهم من السفل.

(وعند محمد: يقسم بالقيمة) لا بالسهم.

(وعليه الفتوى)، هكذا في «المختار».

وعبارة «الهداية» هكذا: وإذا كان سفل لا علو عليه، وعلو لا سفل له، وسفل له علو.. قوّم كل واحد على حدة، وقسم بالقيمة عند محمد.

وقال أبو حنيفة [٦٢٦/أ] وأبو يوسف: يقسم بالذراع.

ثم قال أبو حنيفة: وذراع من سفل بذراعين من علو.

وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، وهكذا في «الكنز» و«الوقاية».

وصورته: على ما ذكر علاء الدين في «شرح الوقاية»: سفل وعلو مشترك بين رجلين، وسفل مشترك بين هذين الرجلين، وعلوه لرجل آخر، وعلو مشترك بين هذين الرجلين أيضاً، وسفله لرجل آخر في دار واحدة، وطلبا القسمة من القاضي، أو طلب أحدهما.. فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذراع؛ لأن القسمة بالذراع هي الأصل في المذروعات، والكلام فيها. والمعتبر: التسوية في أصل السكنى لا في المرافق، والعلو والسفل سيان في أصل السكنى.

وقال محمد: يقسم بالقيمة؛ لأن السفل يصلح لما يصلح له العلو، والعلو لا يصلح لما يصلح له السفل؛ من حفر البئر واتخاذ الإصطبل والسرداب وغيرها، فصارا جنسين مختلفين.. فلا يمكن التعديل بنيهما إلا بالقيمة.

ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذراع:

فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو.

وقال أبو يوسف: ذراع بذراع.

ثم قيل: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره؛ فأبو حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف أجاب على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في معنى السكنى، ومحمد أجاب بناء على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان.

وقيل: هو اختلاف حجة وبرهان؛ فإن أبا حنيفة يقول: لصاحب السفل منافع كثيرة، وهي تبقى أيضاً بعد انهدام العلو، والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل، فكانت منفعته ضعف منفعة العلو، ولصاحب العلو منفعة واحدة، وهي: منفعة السكنى.

وأبو يوسف يقول: هما مستويان في الانتفاع؛ فإن لكل واحد من صاحب السفل والعلو أن يفعل ما لا يضر بالآخر؛ حتى كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر بصاحب السفل، ولصاحب السفل أن يحفر إذا لم يضر بصاحب العلو، فاستويا في الانتفاع، فيستويان في القسمة أيضاً.

ومحمد يقول: العلو والسفل بناء، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة دون الذراع؛ لأن في بعض البلدان: قيمة العلو أكثر، وفي بعضها: قيمة السفل أكثر؛ كما في البلاد الحارة والباردة، فلا يمكن اعتبار المعادلة بينهما إلا بالقيمة.

ثم قول محمد: لا يحتاج إلى التفسير، وتفسير [٦٢٦/ب] قول أبي حنيفة: أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من البيت الكامل - أي المشتمل على السفل والعلو - لأن العلو عنده مثل نصف السفل، فثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من علو البيت الكامل: يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد؛ فذلك تمام المائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد:

ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل؛ لأن علوه مثل نصف سفله، فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد، وستة وستون وثلثان

فَإِن أقرّ أحدُ المتقاسمَينِ بِالِاسْتِيفَاءِ ثـمَّ ادَّعى أَنَّ بعضَ نصِيبِهِ فِي يَدِ صَاحبِهِ.. لَا يُصدَّقُ إِلَّا بِحجَّةٍ.

من علو الكامل: في مقابلة: ثلاث وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة.

وتفسير قول أبي يوسف: أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل: مائة ذراع من السفل المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن العلو والسفل عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة: مائة ذراع: خمسون منها سفل وخمسون منها علو. كذا في «الهداية» و«العناية».

(**فإن أقر أحد المتقاسمين بالاستيفاء، ثم ادعى أن بعض نصيبه في يد صاحبه.. لا يصدق إلا بحجة**).

هذا شروع في بيان دعوى الغلط في القسمة، وهي على وجوه:

منها ما ذكره المصنف.

بيانه: أن أحد الشريكين ادعى الغلط في القسمة، وزعم أن بعض نصيبه في يد صاحبه، وقد أشهد على نفسه باستيفاء حقه تماماً.. لا تسمع دعواه، ولا يصدق في ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها، فلا يصدق إلا بحجة.

كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط.. فإنه لا تسمع دعواه إلا ببينة؛ فإن أقامها.. فقد نور دعواه بها، وإن عجز عنها.. استحلف الشركاء؛ لأنهم لو أقروا بذلك.. لزمهم؛ فإذا أنكروه.. استحلفوا؛ لرجاء النكول، فمن حلف.. لا سبيل عليه، ومن نكل.. جمع بين نصيبه ونصيب المدعي، فيقسم على قدر حقهما؛ لأن نكوله حجة عليه كإقراره، ولا يكون حجة على غيره.

وإنما لم يتحالفا؛ لأنه متناقض في دعواه، والتناقض يمنع صحة الدعوى، والتحالف يبتنى على صحة الدعوى. كذا في «العناية» وغيره.

ويرد عليه: أنه ينبغي أن لا تقبل بينته أيضاً؛ لأنها تبتنى أيضاً على صحة الدعوى، وإذا لم تصح الدعوى للتناقض.. لم تقبل بينته، ولا يترتب عليه التحالف.

وباقي وجوه دعوى الغلط: ذكرها الإمام قاضي خان؛ حيث قال في «فتاواه»: إذا ادعى [٦٢٧/أ] أحد الشركاء غلطاً في القسمة.. لا تعاد القسمة بمجرد دعواه، ولا يعاد ذرع شيء من ذلك، ولا مساحته، ولا كيله، ولا وزنه إلا بحجة.

وإن لم يكن له حجة وطلب استحلاف الشركاء.. فإنه يستحلف لرجاء النكول.

ثم الغلط في القسمة على وجوه:

أحدها: أن يقول: حقي في النصف، وقد أخذت الربع أو الثلث، وقال الآخر: بل حقك الثلث وقد أخذته، وفي هذا: يتحالفان ويترادّان أيضاً؛ لأن القبض له شبه العقد.. ولو اختلفا في العقد يتحالفان، فكذا ما يشبهه.

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما في الزيادة، فيقول أحدهما: أخذت أنت يا فلان أكثر من حقك، أو غصبت الزيادة غصباً بعدما قبضته، ويقول الآخر: أخذتُ حقي وما أخذتُ الزيادة.. كان القول قول الآخر، والبينة بينة صاحبه، ولا يتحالفان، ولا يترادان القسمة.

ومنها: أن تكون المنازعة بينهما فيما أشهد كل منهما على استيفاء الحق بالتمام، ثم يقول أحدهما: حقي الذي في يدك، وحقك الذي في يدي، أو يقول: قد قسمناها، ولكن أخذت أنا بعض حقي دون بعض.. لا تسمع دعواه ولا خصومته بعدما أشهد على القبض والاستيفاء، كما ذكره المصنف.

ومنها: أن تقع المنازعة بينهما في التقويم، ويقول أحدهما: قيمتها أكثر مما قومته، وينكر الآخر.. ففي هذا الوجه: لا يقبل قوله، ولا تسمع دعواه. كذا ذكر في «الأصل».

وَتقبَلُ شَهَادَةُ القاسِمِينَ فِيهَا.

خلافاً لمُحَمَّدٍ.

قال الفقيه أبو بكر البلخي: إن كان التفاوت يسيراً.. فهو كما قال في «الأصل»، وإن كان التفاوت كثيراً.. يرجى أن تسمع دعواه. هكذا ذكره في «قاضي خان».

وفصله في «العناية»؛ حيث قال: ولو اختلفا في التقويم.. فلا يخلو:

إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين.

فإن كان يسيراً.. لم يلتفت إلى دعواه؛ سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً.

وإن كان فاحشاً؛ فإن كانت القسمة بقضاء القاضي.. فسخت القسمة؛ لأن الرضاء منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد.

وإن كان بالتراضي.. لم يذكره محمد.

وحكي عن الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه؛ أما البيع من غير المالك.. فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب.

ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث [٦٢٧/ب] القسمة؛ فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش.. فات شرط جواز القسمة، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد وصاحب «الهداية»: اختارا القول الأول. انتهى.

(وتقبل شهادة القاسمين فيها)؛ أي: في استيفاء حقه، والتأنيث باعتبار المسألة؛ يعني: لو أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه، فشهد القاسمان أنه استوفى حقه.. تقبل شهادتهما؛ سواء كانا من جهة القاضي أو من جهة غيره. هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(خلافاً لمحمد)؛ فإنه قال: لا تقبل شهادة القاسمين، وبه قال أبو يوسف أولاً،

وَإِن قَالَ: قَبضتُهُ ثمَّ أَخذْتَ بعضَهُ.. حلَّفَ خَصمَهُ.

وهو قول الشافعي أيضاً.

وذكر الخصاف قول محمد مع قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإليه مال القدوري.

لمحمد: أنهما شهداء على فعل أنفسهما لتصحيح تصرفهما.. فلا تقبل؛ كمن عتق عبده على فعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله.

ولهما: أنهما شهداء على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما؛ لأن فعلهما: التمييز لا غير، ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز، أو لأنه لا يصلح أن يكون مشهوداً به؛ لأنه غير لازم، وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء هو فعل غيرهما، فتقبل الشهادة عليه.

وقال الطحاوي: إذا قسما بأجرة.. لا تقبل شهادتهما بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجر عليه، فكانت: شهادةً صورة، ودعوىً معنى.. فلا تقبل.

وأجيب عنه: بأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة مغنماً؛ لأن الخصوم اتفقوا على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء، فانتفت التهمة.

وقيد بالقاسمين؛ لأنه لو شهد قاسم واحد.. لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد لا تقبل على الغير. كذا في «الزيلعي».

(وإن قال) أحد الشريكين: (قبضتُه) على صيغة التكلم، (ثم أخذتَ) على صيغة المخاطب (بعضه)؛ أي: المقبوض (.. حلف خصمه)؛ يعني: يكون القول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه غصب بعض ما قبضه من نصيبه، وهو ينكر الغصب، والقول: قول المنكر، والبينة: بينة مدعي الغصب، ولا يتحالفان.

وَإِن قَالَ قبلَ أَن يُقِرَّ بِالِاسْتِيفَاءِ: أَصابَني كَذَا وَلم يُسَلَّم إِلَيّ، وَكذَّبَهُ الآخرُ.. تحَالَفا وفُسِخَت.

وَلَوِ ادّعى غُبناً.. لَا يُعْتَبَرُ؛ كَالْبيعِ.

إِلَّا إِذا كَانَتِ الْقِسْمَةُ بِقَضَاءٍ والغُبنُ فَاحِشٌ.. فتفسخُ.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ بعضٌ مُعَيَّنٌ مِن نصيبِ الْبَعْضِ.. لَا تُفسَخُ، وَيَرجِعُ بِقسْطِهِ فِي حَظّ شَرِيكِهِ.

(وإن قال قبل أن يقر بالاستيفاء: أصابني كذا ولم يسلم إليَّ، وكذبه) شريكه (الآخر.. تحالفا وفسخت) القسمة؛ لأن اختلافهما: فيما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن. كذا في «الزيلعي».

وعلله في «قاضي خان» بغير هذا وقد ذكرناه من قبل.

(ولو ادعى غبناً) في القسمة (.. لا يعتبر؛ كالبيع)؛ أي: كما لا يعتبر دعوى الغبن في البيع.. فإن دعوى الغبن غير معتبرة ولو فاحشاً، إلا أن تكون مع التقرير من الغابن.

(إلا [٦٢٨/أ] إذا كانت القسمة بقضاء) القاضي (والغبن فاحش.. فتفسخ) القسمة؛ لأن قسمة القاضي مقيدة بالعدل والنظر؛ فإذا لم يوجد العدل منه.. لم تعتبر قسمته، فيسمع دعوى الغبن الفاحش.

قال في «قاضي خان»: إذا اقتسم القوم شيئاً من ميراث وغير ذلك، ثم ظهر الغبن الفاحش في القسمة؛ إن كانت القسمة بقضاء القاضي.. يبطل عند الكل، وإن كانت بالتراضي.. اختلفوا فيه:

قال الفقيه أبو جعفر: إن قال قائل: بأن للمغبون أن يبطل القسمة.. فله وجه، وإن قال قائل: ليس له أن يبطل.. فله وجه أيضاً.

وقال في «الزيلعي» نقلاً عن «الكافي»: والصحيح: تبطل القسمة.

(ولو استحق) شروع في بيان دعوى الاستحقاق بعد القسمة (بعض معين من نصيب البعض)؛ أي: بعض الشركاء (.. لا تفسخ، ويرجع بقسطه في حظ شريكه).

وَكَذَا فِي الشَّائع.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: تُفسَخُ.

وَفِي بعضٍ مشَاعٍ فِي الْكلِّ.. تُفسَخُ إجماعاً.

(وكذا في الشائع)؛ أي: ولا تفسخ أيضاً لو كان الاستحقاق في الجزء الشائع في نصيب البعض. هذا عند أبي حنيفة.

(وعند أبي يوسف: تفسخ، وفي بعضٍ مشاع في الكل)؛ أي: في كل من النصيبين (.. تفسخ إجماعاً).

اعلم: أن ههنا أربعة أوجه:

الأول: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين، وهو الذي ذكره المصنف أولاً.

والثاني: استحقاق بعض معين في النصيبين.

[والثالث: استحقاق لبعض شائع في أحد النصيبين][1].

والرابع: استحقاق بعض شائع في النصيبين.

ففي الأول والثاني: لا تفسخ القسمة بالاتفاق، بل في الأول يرجع بقسطه في حظ شريكه، وفي الثاني كذلك إن كان الاستحقاق في أحدهما أزيد من الآخر، وإن استويا.. فلا رجوع لأحدهما على الآخر.

وفي الثالث: لا تفسخ عند أبي حنيفة، بل يخير؛ إن شاء.. رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء.. رد ما بقي واقتسم ثانياً.

وقال أبو يوسف: تفسخ.

ومحمد مع أبي يوسف في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية.

وفي الرابع: تفسخ بالاتفاق، هكذا ذكر الاختلاف في «الأسرار» في الجزء الشائع، واختاره المصنف.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «العناية» (٩/٤٥١) بتغيير يسير.

وذكر في «القدوري» و«المختار» الاختلاف في الوجه الأول ـ أعني: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين ـ والصحيح: ما ذكره المصنف. كذا في «الزيلعي».

وما ذكره في «الهداية»: من أن صاحب «الأسرار»: ذكر الاختلاف كما ذكر في القدوري في البعض المعين: خطأ على ما صرح به في «النهاية».

ثم وجه أبي يوسف: أن باستحقاق بعض شائع.. ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة، فصار كما إذا استحق بعض شائع في الكل في [٦٢٨/ب] انعدام معنى القسمة؛ أعني: الإفراز.

أما في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق: فظاهر.

وأما في النصيب الآخر: فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً.

بخلاف البعض المعين؛ فإن باستحقاق بعض معين: يبقى الإفراز فيما وراءه، لكنه مخير: إن شاء.. نقض القسمة من الأصل؛ لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت، وإن شاء.. رجع، كما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: أن معنى القسمة ـ وهو التمييز والإفراز ـ لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما؛ لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر، ولهذا.. جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء؛ بأن كانت دار نصفين، والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر، والنصف المقدم من هذا النصف المقدم لواحد منهم، والنصف الآخر منه بين اثنين على السوية، والنصف المؤخر نصفي الدار بين هذين الاثنين على السوية أيضاً، فاقتسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما قدر نصيبهما من المقدم وربع المؤخر.. فإنه جائز.

فإذا جاز ابتداء.. جاز انتهاء بعد الاستحقاق بطريق الأولى، وصار كاستحقاق الجزء المعين في عدم انتفاء معنى الإفراز.

بخلاف الشائع في النصيبين؛ فإنه لو بقيت القسمة.. لتضرر الثالث بتفريق

وَلَو ظَهَرَ بعدَ الْقِسْمَةِ دَينٌ على الْمَيِّتِ مُحِيطٌ.. نُقِضَت.

وَكَذَا: لَو غيرَ مُحِيطٍ، إِلَّا إِذا بَقِيَ بِلَا قسْمَةٍ مَا يَفِي بِهِ.

وَلَو أَبْرَأَ الْغُرَمَاءُ أَو أَدَّاهُ الْوَرَثَةُ مِن مَالِهِم.. لَا تُنقَضُ مُطلقاً.

نصيبه في النصيبين؛ أما ههنا.. فلا ضرر بالمستحق؛ فإذا لم تبطل القسمة.. فله الخيار على ما ذكرناه.

(ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط نقضت) القسمة؛ أي: ولم توف الورثة ولم يبرأ الغرماء، وإلا.. فلم تنقض القسمة، وهذا: لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث، فظهر: أن القسمة وقعت في غير محله، فتنقض.

(وكذا لو) كان الدين **(غير محيط)**؛ لأن حق الغرماء تعلق بالتركة.. فتبطل القسمة؛ لتعلق حقهم.

(إلا إذا بقي) من التركة **(بلا قسمة ما يفي به)**؛ أي: بالدين.. فحينئذٍ لا تفسخ القسمة؛ لعدم الحاجة إلى الفسخ؛ لإمكان وصول حقهم إليهم بلا فسخ القسمة.

(ولو أبرأ الغرماء) الورثة **(أو أدّاه)**؛ أي: الدين **(الورثة من مالهم.. لا تنقض)** القسمة **(مطلقاً)**؛ أي: سواء كان الدين محيطاً أو لا، وسواء كان الدائن راضياً أو لم يرض.

بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما.. فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث والموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة.. فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما. كذا في «العناية».

قلت: فيه نظر؛ لأنه ذكر في فصل من قسمة «قاضي خان» وقال: لو لم يكن الدين [٦٢٩/أ] ظاهراً وقت القسمة، ثم ظهر بعد القسمة.. كانت القسمة مردودة، إلا أن يقضوا الدين من مالهم، وكذا لو ظهر في التركة وصية بالثلث أو بعين من أعيان المال.. فالوصية بمنزلة الدين. انتهى.

فقد جعل دعوى الوصية مثل دعوى الدين دون مثل دعوى الإرث.

أطلق الدين؛ فشمل: دين الوارث، ودين الأجنبي على الميت، والدين على الوارث؛ فإن دين الوارث مثل دين الأجنبي في بطلان القسمة بظهوره.

وإقدام الوارث على تقسيمه لا يمنع دعوى الدين، ولا بطلان القسمة؛ لما قال في «قاضي خان»: ميراث بين قوم، لم يكن هناك دين ولا وصية، فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين أو وصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير، فاقتسم الورثة ميراث الميت الأول بغير قضاء.. كان لغرماء الميت الثاني أن يبطلوا القسمة.

وكذلك: لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير؛ لأن ورثة الميت الثاني قاموا مقام الميت الثاني، ولو كان هو حياً غائباً.. لم تنفذ قسمتهم عليه، فكذا: إذا كان ميتاً.

ميراث بين قوم، اقتسموا، وأشهدوا على أنفسهم بالقسمة، ثم ادعت امرأة الميت المهر على الميت وأقامت البينة.. كان لها أن تبطل القسمة ويكون دينها كدين أجنبي، فإقدامها على القسمة: لا يمنعها من دعوى الدين؛ لأن إجازة الغريم القسمة قبل أن يصل إليه الدين: باطلة، ويكون وجودها كعدمها، وكان له أن يبطل القسمة، فكذا إذا كان الغريم هو الوارث. انتهى.

فظهر من المسألة الأولى: أن ظهور الدين على الوارث.. يبطل صحة القسمة.

ومن المسألة الثانية: أن ظهور الدين للوارث.. يبطل صحة القسمة.

* * *

(فَصْلٌ)

[في المُهَايَأَةِ]

وَتجوزُ الْمُهَايَأَةُ.

(فَصْلٌ)

[في المُهَايَأَةِ]

لما ذكر أحكام القسمة في الأعيان.. شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة.

وهي في اللغة: المفاعلة من الهيئة، قال في «المصباح»: الهيئة: الحالة الظاهرة، يقال: هاء يهوء وتهيأ هيئة حسنة إذا صار إليها، وتهيأت الشيء: أخذت له هيئة وتفرغت له، وهيأته للأمر: أعددته فتهيأ، وتهايأ القوم: تهايؤوا من الهيئة: إن جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد: النوبة وهايأته مهايأة.وقد تبدل الهمزة ألفاً للتخفيف فيقال: قد هايبته مهايأة انتهى.

وقال في «المغرب» الهيئة: هي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، والتهايؤ: تفاعل منها، وهو: أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته: أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها، يقال: هايأ فلان فلاناً [٦٢٩/ب] وتهايأ القوم، وأما المهاياة بإبدال الهمزة ألفاً.. فلغة. انتهى.

وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، وهي جائزة استحساناً.

ولذا قال: **(وتجوز المهايأة)**.

والقياس: أن لا تجوز؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها؛ لأن كل واحد من الشريكين ينتفع بنوبته في ملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته، ولكن: ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع على سبيل التعاقب على ما بين في محله.

ولأن المهايأة قد يحتاج إليها؛ إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع من عين واحد، فكانت المهايأة جمعاً للمنافع في زمان واحد؛ كالقسمة.. فإنها جمع النصيب

وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ يسكنُ هَذَا بَعْضاً وَهَذَا بَعْضاً، أَو هَذَا عُلُوَّها وَهَذَا سُفلَها.

الشائع في مكان معين، فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الأعيان.

ولو لم نجز المهايأة.. لأدى إلى تعطيل الأعيان، ولهذا يجري فيها جبر القاضي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره؛ كما في قسمة الأعيان.

إلا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة؛ لأنها جمع المنافع في زمان واحد دفعة واحدة.

والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة.. يقسم القاضي؛ لأنها أبلغ في التكميل.

ولو وقعت المهايأة فيما تحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة.. تقسم وتبطل المهايأة.

(ويجبر عليها)؛ أي: على المهايأة (في دار واحدة)؛ بأن (يسكن هذا) الشريك (بعضاً، وهذا بعضاً) آخر من تلك الدار (أو هذا علوها، وهذا سفلها)؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة.. فكذا المهايأة.

اختلفوا في التهايؤ على هذا الوجه: هل هو إفراز أو مبادلة؟

قال بعضهم: إنه إفراز لا مبادلة؛ لتحقق معنى الإفراز فيه؛ فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت أو مكان واحد بعد أن كانت شائعة في بيتين أو مكانين، وكذلك في حق الآخر.

ولو كان مبادلة.. لما صح ذلك؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد لشبه الربا؛ لأن المبادلة تمليك بالعوض، فلا تعرى عن شبهة الربا.

وقيل: هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه؛ كقسمة الأعين.

قال في «الزيلعي»: والأوجه: أنها إفراز من كل وجه في المهايأة؛ في المكان، ولهذا.. لا يشترط فيها التأقيت، وجاز لكل واحد من الشركاء أن يستغل ما أصابه

وَفِي بَيتٍ صَغِيرٍ يسكنُ هَذَا شهراً وهذا شهراً.

وَله الْإِجَارَةُ وَأخذُ الْغلَّةِ فِي نوبَتِهِ.

وَفِي عبدٍ يخْدِمُ هَذَا يَوْماً وَهَذَا يَوْماً.

بالمهايأة؛ شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه، ولا كذلك العارية والإجارة، وفي المهايأة في الزمان: إفراز من وجه. انتهى.

واعترض عليه: بأن كلاً من الشريكين يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه [٦٣٠/أ] بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه، فكيف يتصور أن يكون إفرازاً لكل نصيبه؟!

(وفي بيت صغير)؛ أي: ويجبر عليها أيضاً في بيت صغير (يسكن هذا شهراً، وهذا شهراً)، وهذا هو التهايؤ في الزمان، وإنما جاز؛ لضرورة الحاجة إليه، وهذا التهايؤ إفراز من وجه على ما ذكرناه.

(وله)؛ أي: لكل من الشريكين (الإجارة)؛ أي: إجارة ما أصابه بالمهايأة في المكان أو في الزمان، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

(وأخذ الغلة)؛ أي: الأجرة (في نوبته)، متعلق بالإجارة.

(وفي عبد)؛ أي: ويجبر عليها في عبد (يخدم هذا يوماً، وهذا يوماً) وهو التهايؤ في الزمان وهو متعين فيه؛ كما في البيت الصغير؛ لتعذر التهايؤ في المكان.

ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما.. يأمر القاضي: بالاتفاق.

لأن التهايؤ في المكان: أعدل؛ لاستوائهما في زمان الانتفاع، وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر، فكان أعدل.

وفي الزمان: أكمل؛ لأن كل واحد في نوبته ينتفع بجميع الدار فكان أكمل.

وَفِي عَبْدَيْنِ يخْدِمُ أَحدُهمَا أَحدَهمَا وَالْآخرُ الآخرَ.

وَلَوِ اتَّفقَا على أَنَّ نَفَقَةَ كُلِّ عبدٍ على مَن يَخْدِمُهُ.. جَازَ اسْتِحْسَاناً.

بِخِلَافِ الْكسْوَةِ.

وَفِي دارَينِ يسكُنُ هَذَا هَذِهِ وَهَذَا الْأُخْرَى.

فلما اختلفت الجهة.. فلا بد من الاتفاق؛ فإن اختاراه من حيث الزمان.. يقرع بينهما تطييباً لقلوبهما ونفياً للتهمة عن نفسه. كذا في «الزيلعي».

(**وفي عبدين: يخدم أحدهما**)؛ أي: أحد العبدين (**أحدهما**)؛ أي: أحد الشريكين (**و**) العبد (**الآخر**) يخدم الشريك (**الآخر**).

أما عند أبي يوسف ومحمد؛ فلأن قسمة الرقيق جائزة عندهما، فكذا قسمة المنفعة.

وأما عند أبي حنيفة: ففي رواية عنه: أنه لا يجوز إلا بالتراضي؛ لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده، فكذا منفعته.

وفي رواية عنه ـ وهو الأصح ـ: أنه يجوز جبراً؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق؛ لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

(**ولو اتفقا**) في التهايؤ على العبدين (**على أن نفقة كل عبد على من يخدمه.. جاز استحساناً**)؛ لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام المماليك.. فلا تفضي الجهالة إلى النزاع؛ كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها.

(**بخلاف الكسوة**)؛ لأنه لا تسامح فيها عادة.. فلا يجوز.

(**وفي دارين: يسكن هذا**) الشريك (**هذه**) الدار (**وهذا**) الشريك الآخر يسكن هذه الدار (**الأخرى**)؛ أي: ويجبر الآبي عليه بالاتفاق على ما في «الزيلعي».

أما عندهما؛ فلأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما.

وَلَا يجوزُ ذَلِكَ فِي دَابَّةٍ أَو دابَّتينِ إِلَّا بتراضِيهما.

خلافاً لَهما.

وَيجوزُ فِي استغلالِ دَارٍ أَو دارَينِ هَذَا هَذِه، وَهَذَا الْأُخْرَى.

لَا فِي استغلالِ عبدٍ أَو دَابَّةٍ.

وكذا عنده؛ لأن المنافع لا تتفاوت.. فيجوز ويجبر الآبي عنها، ويعتبر إفرازاً [٦٣٠/ب] كالأعيان المتقاربة.

بخلاف القسمة؛ لأن التفاوت في أعيانها فاحش، فالتحقت بالأعيان المختلفة، فصارت مبادلة.

وقيل: عنده: يجوز بالتراضي، ولا يجبر اعتباراً بالقسمة.

وعنه: أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلاً لا بالجبر ولا بالتراضي؛ لأنه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة، وذلك لا يجوز.

بخلاف قسمة رقبتهما؛ حيث يجوز بالتراضي؛ لأن بيع إحداهما بالأخرى جائز.

وفي الظاهر: أن قوله كقولهما. كذا في «الزيلعي».

(**ولا يجوز ذلك في دابة أو دابتين إلا بتراضيهما**)؛ بأن يركب أحدهما يوماً والآخر يوماً. هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، قالا: يجوز التهايؤ في الدابة أيضاً بواحدة أو اثنتين اعتباراً لها بقسمة الأعيان.

ولأبي حنيفة: أن الاستعمال بتفاوت الراكبين يتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

(**ويجوز**) التهايؤ (**في استغلال دار أو دارين**)، وذلك بأن استغل (**هذا**) الشريك (**هذه**) الدار، (**وهذا**) الشريك الدار (**الأخرى**)، أو استغل هذا شهراً، وهذا شهراً في الدار الواحدة.

(**لا في استغلال عبد أو دابة**) من حمار أو بغل أو فرس وغيرها، وهذا: لأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء.. فالظاهر: التغير في الحيوان، فتفوت المعادلة.

وَمَا زَادَ فِي نوبَةِ أَحدِهمَا فِي الدَّارِ الْوَاحِدَةِ مُشْتَرَكٌ، لَا فِي الدَّارَيْنِ.

وَفِي استغلالِ عَبْدَيْنِ: هَذَا هَذَا وَهَذَا الآخر.. لَا يجوزُ.

خلافاً لَهما.

بخلاف التهايؤ في استغلال الدار الواحدة؛ حيث يجوز في ظاهر الرواية؛ لأن الظاهر عدم التغير في العقار، فافترقا.

(وما)؛ أي: الغلة التي (زاد في نوبة أحدهما في الدار الواحدة.. مشترك) بين الشريكين؛ تحقيقاً للتعديل.

(لا في الدارين)؛ أي: لا يشتركان فيما زاد من الغلة في نوبة أحدهما في استغلال الدارين؛ لأن معنى الإفراز راجح في الدارين؛ لاتحاد زمان الاستيفاء؛ فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها صاحبه، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضاً؛ كأنه استقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني، ويجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إيجار نصيب صاحبه؛ فإذا استوفى القرض.. كان الباقي مشتركاً بينهما.

(و) التهايؤ (في استغلال عبدين هذا هذا)؛ أي: هذا الشريك استغل هذا العبد (وهذا) الشريك (الآخر) العبد الآخر (.. لا يجوز) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)، قالا: يجوز؛ لأن المعادلة تتمكن بينهما؛ لاتحاد وقتهما، ولأن قسمة رقبتهما ومنفعتهما جائز عندهما، فكذا: قسمة غلتهما، فصارا كالدارين.

بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد؛ حيث لا يجوز؛ لأنه لا يتأتى إلا في زمانين [٦٣١/أ] فيتوهم تغيره، بل هو الظاهر في الاستغلال؛ لأن العادة جرت بالاستقصاء فيه، فيتغير من التعب.

بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد؛ حيث يجوز بالإجماع على ما تقدم.

ولأبي حنيفة: أن التهايؤ في الخدمة جُوّز للضرورة؛ لعدم إمكان قسمتها، ولا ضرورة في الغلة؛ لأنه يمكن قسمتها؛ لأن الغلة عين مال.

وعَلى هَذَا: الدَّابَّتَانِ.

وَلَا يجوزُ فِي ثَمَرِ شجرٍ، أَو لَبَنِ غنمٍ، أَو أَوْلَادِهَا.

وَيجوزُ فِي عبدٍ وَدَارٍ على السُّكْنَى والخِدْمَةِ.

وَكَذَا: فِي كلِّ مختلفِي الْمَنْفَعَةِ.

(وعلى هذا) الخلاف: (الدابتان) لا يجوز استغلالهما عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما؛ لما ذكرناه في العبدين.

(ولا يجوز) التهايؤ (في ثمر شجر، أو لبن غنم، أو أولادها)؛ يعني: لو كان شجر أو غنم بين رجلين فتهايأا على أن يأخذ كل منهما طائفة من الشجر أو الغنم يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها ويأخذ أولادها.. لا يجوز ذلك؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى.. فتتعذر قسمتها، وهذه أعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها.

والحيلة فيها: أن يبيع حصته من الآخر، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته، أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه؛ إذ قرض المشاع جائز. كذا في «الهداية».

قيد بلبن غنم؛ احترازاً عن لبن ابن آدم.. فإنه يجوز التهايؤ فيه، حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايأا على أن ترضع إحداهما ولد إحديهما والأخرى ولد الأخرى.. يجوز؛ لأن لبن ابن آدم لا قيمة له، فجرى مجرى المنافع. كذا في «الزيلعي».

(ويجوز) التهايؤ (في عبد ودار على السكنى والخدمة)؛ يعني: لو كان بين اثنين عبد ودار فتهايأا على أن يخدم أحدَهما العبدُ ويسكن الآخر في الدار.. جاز ذلك؛ لأن التهايؤ في الخدمة والسكنى يجوز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى. كذا في «الاختيار».

(وكذا في كل مختلفي المنفعة)؛ كسكنى دار وزرع أرض، وكذا الحمام والدار

وَلَا تبطلُ الْمُهَايَأَةُ بِمَوْتِ أَحدِهمَا، وَلَا بموتِهما.

وَلَو طلب أَحدُهمَا الْقِسْمَةَ.. بطَلَتْ.

المشتركتان بين اثنين، وذلك لما ذكرناه أيضاً.

(ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما، ولا بموتهما)؛ لأنا نحتاج إلى إعادتها بطلب الوارثين أو أحدهما.. فلا تبطل.

(ولو طلب أحدهما) بعد المهايأة (القسمة.. بطلت) المهايأة؛ يعني: لو تهايأا ما يحتمل القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة.. بطل التهايؤ ويقسم القاضي؛ لأن القسمة أقوى من المهايأة على ما ذكرناه في أول الفصل.

* * *

الفهرس

الفهرس